









# مذكرات في تاريخ القانون

موجز المحاضرات التي ألقاها

الأستاذ عبده محمد الزيات

على طلبة الصف الأول في كلية الحقوق العراقية

عفي بطبعها

عبدالجبار عريم

١٣٥٥ هـ - ١٩٣٧ م

مطبعة الجزيرة \* بغداد



# بيان

هذه مذكرات في تاريخ القانون كتبها لطلاب الصف الاول  
بكلية الحقوق العراقية، وأنا أول الشعراء بنقصبها ونفاها.  
واذا كان من واجبي أن أقر بهذه الحقيقة فإن من حقي أن يعتذر  
المعتذرون عني بأن تاريخ القانون ليس معتبراً مادة مستقلة، فقد  
جعل مع القانون الروماني مادة واحدة وإني لأرجو أن أكون  
قد وفقت في القسمة بينهما بالقسط.

ولقد قضى تشعب المادة بتعدد المراجع فعلى أن أسجل شكري  
واعترافي بالفضل السابق لجميع الباحثين الذين ذكرت أسماءهم  
خلال المذكرات في المتون والخواشي متطوعاً الى اليوم الذي تزود  
فيه المكتبة العربية بمؤلفات في تاريخ القانون تسكون أقرب  
ما يستطيع الى الكمال الذي قد يشق علينا دركه ولكننا لا يشق  
علينا رجاءه ولن يسقط عنا جميعاً تكليف السعي اليه

عبد الله حسن الزيات

بغداد في ذي القعدة ١٣٥٥  
فبراير ١٩٣٧





## التعريف بالمادة وفوائدها

خير من محاولة تعريف هذه المادة « تاريخ القانون » وبيان أهميتها ان ندخل في دراستها فيظهر لنا على ضوء هذه الدراسة اي شيء هو ما مركزها وجدواها . على ان الطالب قد يتعجل فيتطلع الى استكناه المادة واستعراف فائدها قبل ان يعالجها بالدرس ويقطع شوطاً في مسالكها . لمثل هذا المتعجل يتقدم الباحثون في المادة بتعريف يتناسب وعجلته فيقولون ان « التاريخ القانوني » يشمل دراسة الحالة الاولى التي نشأت فيها الشرائع القديمة وتكونت فيها المبادئ او النظم القانونية والوقوف على التطورات التي مرت بها تلك الشرائع والنظم والتعديلات المختلفة التي اصابها خلال العصور المتعاقبة حتى وصلت الى حالتها الحاضرة . »

وبهذا تكون تلك الدراسة وسيلة لتفهم الشرائع والمبادئ القانونية المعمول بها في ايماننا « لان القانون في اي عصر من العصور ليس واقعة من وقائع المصادفة او نزعة عارضة من نزعات المشرع ، وانما هو نتيجة لتطورات تاريخية ولعوامل سياسية واقتصادية واجتماعية متصلة بالملفات والمبادئ القانونية في عصرها الاول هي

بالقياس لعلم القانون بمثابة طباق الارض الاولى بالقياس لعلم الجيولوجيا تلك الطباق التي كانت تحتوي جميع القوى الكامنة التي شكلت الكرة الارضية بعد ذلك في مختلف اشكالها وطباقها .

فهذا قانون نابليون المعمول به فعلا للآن في فرنسا ، قد اعتمد الى حد كبير على فقه « بوتيه » الكاتب الفرنسي الذي بحث وفسر قواعد القانون الروماني فكان هذا القانون الاخير هو المصدر الاول للقانون المدني الفرنسي الحديث . وعن هذا القانون الفرنسي اخذ التشريع المصري المدني في اكثر اجزائه فكان القانون الروماني مصدر ابعدهم للقانون المصري . والباحث اذا غم عليه الامر قد يستأنس باحكام هذه المصادر الاولى لما بين يديه من قواعد حديثة . بل هو قد يستأنس بتلك المصادر لتفسير هذه القواعد ولو كانت ، او كان يظن انها ، غير مستقاة منها (١)

(١) للتمثيل على ذلك راجع ما جاء في ثنايا حكم محكمة النقض والابرار المصرية : « الوصية تملك والتملك يستحيل ان يحصل لمعدوم غير موجود . وغير ممكن بحسب قوانيننا الاخذ بما اشار اليه حضرة محامي الملعون ضدما من ان القانون السكني القبطي يسير على مبادئ القانون الروماني التي كانت تميز الايصاء بطريق الاستعقاب Fideicommissum اي مع التكليف بنقل الموصى به الى موجود او الى معدوم لما يوجد ، فانه على اقتراض

وتاريخ القانون وسيلة نزيهة للتعريف بفضل الشعوب السابقة على المجتمعات الحاضرة فيما يتصل بالقانون . فلقد رأينا فيما تقدم كيف ان للقانون الروماني فضلاً سابقاً على القانون الفرنسي وما اخذ عنه . فان نحن نقهرنا خطوة ثانية الى الوراء

ان هناك قانوناً كنسياً فبطياً معترفاً به وعلى اقتراض صحة ذلك ؛ فان اصول قانوننا مائة مئة كلياً من مثل هذا اذ هي لا تجيز الابطاء لمعاقيين لم يوجدوا الاعلى صورة الوقت . « (٢١ / ٦ / ١٩٣٤) ملحق بمجلة القانون والاقتصاد من ٤ - ع ٧) وراجع كتاب عند الاجاز لاستاذنا السهوري بند ٧٨ ص ١٠٨ حاشية فقد استأنس باحكام بيع ملك الغير في القانون الروماني لحل الخلاف الذي ثار في مصر حول عقد البيع الذي لم يسجل بعد صدور قانون التسجيل .

وراجع كتاب الاستاذ احمد بك نجيب الهلالي عن عقد البيع ص ٢٥ - ٢٧ و ٣٣٥ فقد عاد الى الاحكام الرومانية ايضاً مهيئاً لايضاح بعض مسائل كتابه .

وانظر ايضاً ما جاء في كتاب استاذنا السهوري « نظرية العقد » عند بحث الاكراه والغش والتضامن الناقص الخ . بحث العقود لتبادلية الناقصة (١٣٣) وثأمل الحجج التي تمسك بها من قالوا في فرنسا بجواز شرط الاتفاق على التحكيم سلفاً قبل وقوع الخلاف *Compromissoire* Claus قد استأنسوا بروح التشريع الفرنسية السابقة على تشريع نابليون وبينوا انها

رأينا استاذاً فرنسياً هو Recueil يكرس كتاباً خاصاً  
لفضل التشريع المصري القديم على القانون الروماني ويسميه  
« الاصول المصرية للقانون الروماني »  
Les origines Agyptiennes  
Du droit romain

الفرنسي انجبت الى الترحيب بنظام التحكيم وعدم التضيق على الناس في  
الاخذ به .

وراجع قضاء المحاكم المصرية في تفسير بعض مواد القانون المدني  
المصري التي يعود اصلها الى الشريعة الاسلامية كالمواد المتعلقة ببيع المريض  
مرض الموت فقد جاء في بعض الاحكام : « نصت المادة ٢٥٥ مدني على  
انه في حالة البيع في مرض الموت لغير وارث اذا زادت قيمة المبيع على  
ثلث اموال البائع جاز للورثة الطعن في هذا البيع وهذا يخالف احكام  
الشريعة التي تقضي بانه اذا باع المريض في مرض الموت شيئاً لاجنبي صح  
بيعه وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث  
ماله ولزم المشتري في هذه الحالة اكمال ما نقص عن ثمن المثل واعطاؤه  
للورثة فهي تنص صراحة على منع المحاباة فيما زاد عن ثلث اموال البائع .  
اما نصوص القانون فيحسب ما يفهم من ظاهرها فانها تبطل البيع فيما اذا  
زادت قيمة المبيع على ثلث اموال البائع . وقد اختلف الشراح فيما يجب  
اتباعه وترى المحكمة الاخذ بما نصت عليه الشريعة الفراء لانها هي الاصل  
والتي كان قصد الشارع المصري نقلها الى القانون . » بذر المنصورة  
١٩٣٦/٦/٣ ( المحاماة من ١٦ ص ٩٨٣ ) . وانظر ايضاً الى استناد بعض  
المحاكم المصرية في تقرير ان حق الشفعة لا يورث الى اقوال فقهاء الشريعة .

ويقرر فيه ان كل ما اشتمل عليه قانون الالواح الاثني عشر مما يعتبر قاعدة قانونية بمعنى الكلمة انما اقتبس عن مصر :

Dans la loi des Douze-Tables, tout ce que Pourrappeler un droit  
Proprement est imité de l'égypte " « ١ »

فاذا القينا نظرة الى ما يقرره عالم ~~المعربي~~ آخر هو الاستاذ  
شرمان وجدناه يرد القوانين المصرية الى القوانين البابلية اي قانون  
حمورابي . ولاشك ان اجراء موازنة بين قواعد القانون الروماني  
ومواد قانون حمورابي مما يوصي الاستاذ طلبته به (٢) .

(١) راجع مم هذا ماجاء في كتاب ملفيل عن مبادئ القانون الروماني  
(ص ٩) فقد قرر ان قانون الالواح قانون وطني اصيل وان اثر القوانين  
الاجنبية فيه تافه وان ما قيل من ايقاد بعثة الى اليونان لجمع مواد القانون  
غير صحيح .

(٢) ولا جدال في ان قانون حمورابي حري بالناية وان بعض مواده  
لتستوعب الاعجاب وتدل على فطنة الى مبادئ العدالة — انظر مثلاً الى  
م ٤٨ : « اذا كان احد الناس مدينًا بدين ثم ارسل الاله ( اداد ) فيضانًا  
طغى على ارضه او هلك زرعهُ ، او لم يتم لقلة المياه ، فان هذا المدين يعنى  
من تقديم حبوب الى دائته في ذلك العام كما يعنى من الفوائد الخاصة  
بنفس السنة . »

وم ٥٦ : « اذا فتح رجل فتحة للمياه واغرق حقل جاره للغروس  
وجب عليه ان يعطيه عشر ( جارات ) من الحبوب مقابل كل ( جان )

وكم من النظريات القانونية نحسبها طريقة مستحدثة فاذا  
البحث يكشف لنا عن مصادرها الاولى في هذه الشريعة او تلك

وم ٩٤ : « اذا قبض تاجر حبواً من اصل دينه ولكنه لم يخصص  
قيمتها مما له ولم يحرر سنداً جديداً او اضاف الفائدة الى الاصل فانه يلزم  
بان يرد ضعف الحبوب التي استلمها »

وم ٢٣٣ : « اذا بنى بناء منزلاً لرجل ولم يكن عمله كما يجب وتشقق  
جداره وجب على البناء ان يرمه على نفقته »

وفي الاحوال الشخصية م ١٤٢ : « اذا كرهت امرأة زوجها وقالت  
له : لن اكون لك ، بحث سبب ابقاضها اياه فان تلت اعتناؤها به والا  
خطأ من جانبها ولكن زوجها يهبها فلا لوم عليها ولها ان تأخذ بانيتها  
وتعود الى منزل ابيها »

وم ١٧٧ : « ليست لارمل ذات اولاد ان تغادر بيتها الى بيت  
جديد بغير اذن من القاضي وعليه ان يبحث منزل الزوج السابق ويحصي  
موجوداته ويحرر بها لوصاً ويجعل المنزل في حراسة الارمل وزوجها الجديد  
فيحفظانه ويحفظان الاولاد وليس لها ان يبيعا شيئاً بالفضة فن اشترى  
منهما شيئاً فقد تقوده . »

ولا ننكر ان من القانون ؛ الى هذه الاحكام وما يشبهها ، احكاماً  
اخرى قد تجرح مشاعرنا لاسيما فيما يتصل بالعقوبات ، ولكن القانون في  
جملته حريص بالتقدير ( انظر ترجمة كاملة لمواده في العدد الخامس من السنة  
الثانية لمجلة القضاء - قام بها عبده حسن الزيات ) .

فأنؤمن بفضل القديم على الحديث ونزداد تنهماً لما بين ايدينا ونوسع في ميدان النظرية على ضوء ما انتهى اليها ، حسبنا في هذا الموطن ان نشير الى نظرية سوء استعمال الحق التي سنعالجها بتوسع في بعض الفصول القادمة فقد نودي بها في مطلع هذا القرن على اعتبار انها من مواليد ، فاذا البحث العلمي اليقيني يردها الى قواعد الشريعة الاسلامية فيعترف أئمة الفقه الفرنسي بأن النظرية الاوربية الحديثة لم تبلغ الا بمض ما بلغته النظرية الاسلامية . واذا كانت الصيحة الى القانون المقارن قد علت واخذ انصارها يجتمعون حول رايتها في مؤتمرات دولية دورية وقوى الميل الى « تدويل » التشريع في حين المستطاع ، فلن يخطئ تاريخ القانون مكانه في هذا الجهاد ، بل هو فيه بين اصحاب الصدور

وكما اشتدت وكثرت صلات الشعب بالثقافات القانونية الاجنبية وزاد نفوذها الى قواعد قانونه الراهن ، كلما كانت دراسة تاريخ القانون اوجب عليه . وهذا هو الموقف الذي تقفه بلاد كالعراق او مصر ، بلاد نبتت في وديانها الشرائع الاولى للبشرية ؛ وجادت على الشعوب بما عندها ، ثم حل بها بعد الجود دور الاستجداء فاستجدت غيرها ، ثم ادركتها النخوة فهبت تصحح مركزها وتحاول ان تسام في الاعطاء كما ساهمت في الاخذ ، ثم هي

بوضع شرائعها المتباينة المصادر شديدة الحاجة الى تعرف تلك المصادر تفهم اوصولها الاولى .

## تاريخ الشرائع القديمة

يقرر الاستاذ (هنري مين) في كتابه Means Tim ان المجموعات القانونية القديمة مثل مجموعة حمورابي والالواح الاثني عشر هي اوضح مظهر للقاعدة القانونية القديمة اسفر عنه البحث التاريخي ولكنه يجزم بان تدريس تلك المجموعات لم يكن المبدأ الاول لتاريخ الشرائع القديمة بل ان هناك حوالت تاريخية تقدمت دور التدوين ويفتش عن هذه الحوادث ثم يقرر ان اول فكرة تتعلق بما نسميه الآن قانوناً او شريعة كانت حكماً الهياً يصدر على لسان الملك او الحاكم عند الفصل في نزاع يعرض عليه فهو قاض يتلقى الحكم من الآلهة وليس شارعاً يقرر المبادئ القانونية باعتبارها كتلة من النصوص مستعدة لاستقبال كل القضايا والفصل فيها بغير حاجة الى الهام جديد . فلما تكررت الحوادث المتماثلة اصبح الحكم الملمم متشابها فتكونت عادة عامة للحكم في كل طائفة من الخلافات او شبه قاعدة مرجعها وحي الله ، ثم كانت الخطوة التالية المحققة تاريخياً حين انتقلت سلطة الملك القضائية الى هيآت اقلية كالكنهنة



فكانوا الامناء على القواعد القانونية وحفظها ومفسريها بل ومحتكريها ومستغليها وهذا هو عصر القانون العرفي أو التقاليد غير المكتوبة ثم كانت الخطوة الاخيرة خطوة التدوين وانما بعث اليها تدمير الاكثرية العامة من احتكار الاقلية للقواعد القانونية واستغلالها لمصلحتها. وطمحت العامة الى المساهمة في تولي وظائف الدولة وجاء اكتشاف الكتابة مؤيداً لهذا التدمير وهذا الطموح وكان ان انفتحت الاكثرية مشيئها فدونت القواعد القانونية في لوح محفوظ. وقد استمر الاستاذ (مين) فمقد موازنة بين حال المجتمع في الامم الشرقية وحاله في الامم الغربية فيما يتصل بسرعة الانتقال الى مرحلة التقنين فقال ان شعوب الشرق كانت ابطاً من شعوب الغرب في ادراك تلك المرحلة ولذا اتسع الوقت امام الخرافات والقواعد الدينية لتتركز في القواعد الشرقية فلما استقرت في مجموعة مدونة كانت محفوفة بالخرافات شديدة التأثير بالاديان

وقبل ان نناقش آراء الاستاذ (مين) المتقدمة يحسن ان نذكر اهم تلك القوانين المسطورة القديمة فان مناقشة تلك الاراء تستدعي الاشارة الى بعض تلك القوانين وهي :

١- قانون (جودا) الذي اكتشف حديثاً وقيل ان حمورابي اقتبس قانونه منه. وقد كان معمولاً به عند السومريين الذين

سكنوا شمال العراق (١)

٢- قانون حمورابي الذي اشرنا اليه من قبل وقد كشفت  
لواحة سنة ١٩٠٢ ويرجع تاريخ وضعه الى سنة ٢٠٠٠ ق. م

٣- قانون مانو الهندي سنة ١٣٨٠ ق. م

٤- مجموعة بوخورييس في مصر في القرن الثامن قبل الميلاد

٥- قانون دراكون في اثينا حوالي سنة ٦٢٠ ق. م وتلاه قانون

صولون بعد ذلك بنحو عشرين عاما

٦- قانون الالواح الاثني عشر في روما حوالي ٤٥٠ ق. م

٧- قانون الواح جورتين في جزيرة كريد وقد اختلف حول

سبقها زمناً أو تأخرها على الالواح الاثني عشر

ونعود بعد هذا الى مناقشة بعض آراء الاستاذ مين

(١) انظر :

Fragments d'un code pre-hummo urabian en redaction  
sumerienne Par V. scheil

اشار ذلك الباحث الى مشابهة بعض مواد التي عرفت لما يقابلها  
من مواد قانون حمورابي مثل المادة الاولى (مسؤولية البستاني الذي اهل  
اعداد ارض غيره) التي تشابه المادتين ٦٠ و ٦١ من حمورابي ، ومثل المادة  
٨ (اقتضاء الالتزام بقوة القاهرة او المرض) المقابلة لحكم المادة ٢٦٦  
حمورابي ، والمادة ١١ (حق اولاد الزوجة في الادوية) المقابلة للمادة ١٦٧  
حمورابي .

يستخلص الاستاذ ان الشعوب لم تصل الى مرحلة التقنين الا بعد ثورات على الاقلية. وهذا القول قد يكون صحيحاً بالنسبة لقانون الالواح في روما ولكنه ليس صحيحاً بالنسبة لقانون حمورابي مثلاً فان هذا الملك العادل الحكيم قد اعلن قواعد قانونه من تلقاء نفسه وقدمها بمقدمة تدل على عطفه على رعاياه وتحريره العدل ورضاء الآلهة (١) واذا تأملنا المراحل التي عيناها (مين) وجدناها لا تطرد في كل حال فبالنسبة لقانون حمورابي ايضاً لم يثبت وجود أقلية تمارس القضاء لهذه أو قبله كما ان فكرة الوحي الالهي ظلت مهيمنة على القوم حتى مرحلة التقنين وقد عثر على تمشال قديم يمثل حمورابي يتلقى قواعد قانونه وحياً يهبط عليه من ابن الاله واخيراً يجي كشف قانون حمورابي قاضياً على الموازنة التي اقامها الكاتب بين الشعوب الشرقية والغربية فقد ثبت ثبوتاً يقينياً ان قانون حمورابي سبق اقدم قانون غربي بنحو اربعة عشر قرناً ، بل نرى ان كشف قانون (جودا) يثبت ان التقنين الشرقي سبق الغربي بنحو سبعة عشر عاماً. واذا كان المؤلف الانجليزي قد كتب كتابه قبل كشف هذين القانونين فهو معذور الى حد ما

---

راجع تلك المقدمة في كتاب : ( The world's earliest laws )

تأليف ( سلبريك ادرارذر )

وانما تتحفظ لانا لاندرى هل اتصل به نبأ مجموعات بوخورس  
واما زيس السابقة على قانون الالواح الاثنى عشر أو لم يتصل

## وسائل تطور الفرائع

ذهب الاستاذ (مين) في كتابه الذي اشرنا اليه من قبل الى ان  
هناك وسائل ثلاثا تطورت بها القواعد القانونية لتصبح ملائمة  
لحالة المجتمع المتطور، وهذه الوسائل هي الحيلة الشرعية  
legal fiction وقواعد المعدالة equity واخيرا القرارات التشريعية.

وقد نص الكاتب على ان توارد هذه الوسائل واسمها جميعا  
لم يكن امرا محتما بالنسبة لكل الشرائع فقد يبرأ بعضها من هذه  
الوسيلة أو تلك، ولكنه - أي مين - يؤكد ويتمسك بالترتيب  
الذي ذكره اي ان الحيلة سبقت اللجوء الى المعدالة<sup>١٢</sup> وهذا اللجوء  
سبق التوصل بالتشريع وسنرى ان هذا التوكيد عرضة للشك  
مدلين على اختلال هذا الترتيب بامثلة من الشرائع المختلفة على انا  
نرجي<sup>١٣</sup> هذا ريثما نعرض لمعالجة كل وسيلة من هذه الوسائل وبيان  
اثرها في كل من الشرائع الرومانية والانجليزية والاسلامية،  
والبحث عن مقدار تأثيرها في شرائعنا الحديثة الراهنة.

## ١ — الحيلة الشرعية

الشعوب القديمة شديدة المحافظة تنفر من التجديد والتعيين وقد اصطفت قوانينها بصبغة دينية في نظرها فبات المساس بالقانون مساساً بالدين . ولكن المجتمع يتطور والحاجات تستحدث ويتبين عجز القاعدة القانونية القديمة عن مواجهة الحالة الجديدة ولايجراً المسؤولون على اجراء التعديل الصريح الذي يجعل القانون كفوفاً لاستقبال ما طرأ عليهم فيدأرون ويمالجون النص القديم بضروب من الحيلة والافتراض حتى يصلح الامر الذي يرغبون وهم يزعمون ان النص باق كما كان لم يمتوره تغيير حتى يوفقوا بين النفور من ذلك التغيير ومطالب المجتمع المتطور .

امثلة من الحيلة القانونية في القانون الروماني :

كان القانون الروماني في عهده الاول شديد المحافظة ضيق الصدر لايعترف بحق التقاضي في ظلاله الا لصاحب الجنسية الرومانية قد حدد دعاواه بتجديداً واسميت الدعوى القانونية ، *Legis actio* وليس غير الرومانية يستطيع ان يحتج بها كما انها لا تنقام على غير روماني . وكان البرتور يحيل المدعى بعد ان يمنحه برنامج دعوى

Formula الى الحكم Juex ليفصل في دعواه ، ويغير هذه الاحالة  
لا يختص هذا الاخير بنظرها . ولما كان القانون الروماني العتيق  
لا يسمح بمنح هذا البرنامج الا لروماني ، ولما اقتضت الظروف  
الجديدة منحها لغير الروماني والا امتعت العلاقات التجارية بين  
الروماني وغيره . فقد كان البرتور يمنح البرنامج للاجنبي ذا كراً  
فيه كذباً انه روماني ، وهنا لا يجوز للقاضي ولا خصم ان يناقشا  
هذا الكذب بل عليهما ان يسليا صيحة ماجاء في البرنامج ، فهذا  
« افتراض » على خلاف الواقع او تحايل على القاعدة القانونية حتى  
تدفع الحاجات المستجدة بغير ان يغير تغيراً رسمياً صريحاً .

كذلك اعتمد الرومان على ما سموه الدعوى الصورية  
in gure cessio لتسهيل معاملاتهم القانونية والدعوى الصورية كما  
يفيد وصفها دعوى غير حقيقة مثالها ان يرفع المدعي دعوى على  
سيد يقول فيها ان هذا السيد يملك انساناً باعتباره عبداً مملوكاً  
له مع انه في الحقيقة حر ، فيدكت السيد ولا ينفي هذا الزعم  
فيأخذ القاضي بسكوته ويحكم بان العبد حر فيصبح حراً . وانما  
لجأ الرومان الى هذه الطريقة لان القانون القديم لم يكن يسمح  
بتحرير الارقاء بمطلق رغبة السيد ورغبة العبد بل كان لا بد من

رسميات فاما تسجيل العبد في سجل الاحرار عند الاحصاء الذي لا يقع الامرة كل خمسة اعوام ولا يقع في كل مكان ، واما الايصاء بتحريره والايضاء ماكان يتم آنذاك الا بطرق رسمية ثم ان التحرير لا يتم الا بعد موت الموصي ؛ فلجأ الناس الى الدعوى الصورية .

وقد استعملت الدعوى الصورية لنقل الملكية ايضاً تخلصاً من الاجراءات الثقيلة التي كان لابد من اتباعها في عقد الاشهاد Mancipatio يرفع المشتري دعوى على البائع يدعي فيها ان المال ماله فيقره صاحبه على ادعائه فيحكم له .

وكان بيع الولد بيعاً صورياً ثلاث مرات وسيلة لتحريره من السلطة الابوية يوم كانت السلطة شديدة القيود . كما ان هذا البيع مضافاً اليه دعوى صورية اتخذ وسيلة للتبني قبل ان تبسط اجراءاته فبعد ان يتحرر الولد من سلطة اسرته يبيعه ثلاث مرات الى المشتري الصوري . يجبي دور من يريد تبنيه فيرفع دعوى يقول فيها ان الولد ولده ويسكت المشتري فيحكم له بمده (١)

وكان البروتوراذا لجأ اليه انسان يستمنحه دعوى يسترد بها مالا تقديماً سبق ان اشتراه بغير اتباع الطرق الرسمية الواجبة ، اعطاه (١) راجع ص ٤٤ من مذكراتنا في القانون الروماني (باب الاشخاص)

الـ Formule وأمر القاضي فيها بأن يفصل في الدعوى « كما لو كان المدعي قد وضع يده على المال المطلوب المدة القانونية اللازمة لكسب الملكية في مثل هذه الحالة » وذلك أن نقص الاجراءات كان يصححه مرور زمان معين يجعل المشتري مالكا ، فإذا لم يكن هذا الزمان قد مضى واغتصب المال المشتري من مشتريه فإن القانون ما كان ليبيحه دعوى استرداد لانه ليس مالكا في نظره ، لذلك لجأ البروتور الى « افتراض » اكمال المدة المطلوبة ، وهذا الافتراض يؤدي بداهة الى حماية ملكية المشتري المدعي .

وهناك امثلة اخرى يحسن تتبعها في مواقعها في دراسة القانون الروماني .

\*\*\*

#### امثلة في القانون الانجليزي

سنرى عندما نعرض لتاريخ القانون الانجليزي ان المحاكم في عهد الفتح النورماندي كانت منوعة فهي محاكم ملكية ومحاكم شمية ومحاكم لوردات ومحاكم كنسية ومحاكم تجارية . وقد اخذ الفاتحون يتجهون الى تعزيز القضاء الملكي وضجت المحاكم الملكية



الى التغلب على سائر المحاكم فاصطنعت لهذه الغاية الافتراضات القانونية . فحكمه بيت المال ( وهي احدى المحاكم الملكية ) لم تكن مختصة بغير الفصل في الدعاوى المتعلقة بشيئة الاموال الاميرية ، كدعوى مكلف ضد ملتزم ، وقد كانت تترخص لنفسها الخروج عن قواعد الاثبات الدقيقة كأن تضطر الخصم الى تقديم مستندات تضره وتنفع خصمه او تطلع على حسابه . فاستحسن المتقاضون ذلك منها وتحيلوا الرفع دعاويهم المدنية اليها بتدويرها دعوى متعلقة بالاموال الاميرية . فيقول المدعي ، كذبا ، ان في ذمته ديناً لبيت المال وان المدعى عليه مدين له بمبلغ ان لم يوفه عجز هو عن دفع ما عليه لبيت المال بقدر ذلك فتقبل المحكمة الدعوى على هذا الاساس ولا تسمح بني هذا الكذب <sup>(١)</sup> وسميت الدعوى دعوى « قدر ذلك » .

وكان لنوع آخر من المحاكم الملكية اختصاص جنائي محدود بالدعاوى التي للعرش مصلحة فيها فدخلت الى غير ذلك من الدعاوى بزعم انها تمس امان الملك King's Peace ولو وقعت بين فردين عادين بعيداً عن بلاط الملك وحاشيته . ثم مدت هذه المحاكم نظرها الى الدعاوى المدنية ولم يكن لها اصلاً اختصاص مدني الا

(١) النظام القضائي في انجلترا الاستاذ صنوث ص ٢٣ و ٢٤

إذا تعلقت بأحد أفراد الحاشية الملكية أو بالمساجين لأن السجن كان يقع في دائرة اختصاصها فوصلت إلى توسيع اختصاصها بضرب من الحيلة ، ذلك أنها بدأت فقاقت المتهم المفرج عنه بكفالة بالمسجون ، ولكن هذا لم يكفها فسمحت للمدعي بأن يكذب ويقلب دعواه المدنيه إلى دعوى جنائية صورية فيقول ان المدعى عليه قد سلب ماله أو بقرته ، وبما ان هذه الجريمة ، بضرب سابق من الحيلة ، قد اعتبرت ذات مساس بأمان الملك ، فإن المحكمة تصدر أمراً بالقبض على المدعى عليه فإذا حضر الزمته الكفالة ثم افرجت عنه فيعتبر في حكم السجن فتختص بنظر الدعوى المدنية المقامة عليه وتناسى التهمة الجنائية الوهمية <sup>(١)</sup> .

امثلة من التزبذبية الاستعمارية :

عالم الامام شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن القيم الجوزية في المجلد الثالث من كتابه « اعلام الموقعين عن رب العالمين » موضوع الحيل الشرعية علاجاً واسعاً خصباً مستفيضاً فاستعرض الحجج التي يتذرع بها من يقولون بجواز الحيل شرعاً وفندها تفصيلاً وذكر امثلة لحيل يعتبر اللجوء اليها من الكبار ، ولكنه ذكر بعد ذلك عشرات من الحيل الجائرة لانها

لا تؤدي الى تحليل حرام وانما تؤدي الى تحصيل مشروع من الامر  
فمن النصوص التي تمسك بها اصحاب الحيل قوله تعالى لنييه  
ايوب : « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث » فاذن لنييه  
ايوب ان يتحلل من يمينه بالضرب بالضغث وقد كان نذرهما ان  
يضربها ضربات معدودة وهي في الظاهر المتعارف انما تكون  
متفرقة فارشد سبحانه الى الحيلة في خروجه من اليمين فنقيس عليه  
سائر الباب ونسميه « وجوه الخارج من المضائق » .

وقد رد ابن القيم على هذا الدليل رداً طويلاً مستأنساً بكلام  
شيخه ابن تيمية ومما قال في هذا : « فن تأمل هذه الآية علم ان  
هذه الفتيا خاصة الحكم فانها لو كانت عامة الحكم في حق كل احد  
لم يخف على نبي كريم موجب يمينه ولم يكن في اقتصاصها علينا  
كبير عبرة فانما يقص ما خرج عن نظائره لنعبر به . اما ما كان هو  
مقتضى العادة والقياس فلا يقص ويدل على الاختصاص بقوله تعالى  
( انا وجدناه صابراً ) الخ . والبحث قيم ممتع فليراجع في اصله (١) .

(١) ومما يتندر به اصحاب الحيل ان القاضي شريحاً استعمالها وكان له  
فيها فقه دقيق كما اعجب رجلا فرسه واراد ان يأخذها منه فقال له شريح  
انها اذا اربضت لا تقوم حتى تمام فقال الرجل اف اف وانما اراد شريح  
ان الله هو الذي يقيمها ، وباع من رجل ناقة فقال المشتري كم تحمل فقال =

واما حيل الكبار فقد مثل لها بقتل الرجل امرأته ( اذا قتل حماته ولد من امرأته ولد سريا الى استنطاق القود ) عن نفسه استناداً الى حديث ( لا يقاد والد بولده ) ولما كان حق القصاص عن نفس الحمأة لا بذها اي الزوجة ، وكان حق القصاص عن نفس الزوجة لابنها ، ولما كان هذا الابن لا يجوز له ان ينتقم من ابيه استناداً الى الحديث فان القاتل يتخلص بجرمه الثاني من جزاء جرمه الاول . وقد ناقش ابن القيم هذه الحيلة فقال : « والصواب ان هذه الحيلة لا تسقط عنه القود ، وقولهم انه ورث ابنه بعض دم ابيه فسقط عنه القود ممنوع فان القود وجب عليه اولاً بقتل ام المرأة وكان لها ان تستوفيه ولها ان تسقطه فلما قتلها قام وليها في هذه الحال مقامها بالنسبة اليها بالنسبة الى امها ولو كان ابن القاتل فانه لم يدل كتاب ولا سنة ولا اجماع ولا ميزان عادل على ان الولد لا يستوفي القصاص من والده لغيره ، وغاية ما يدل عليه الحديث انه لا يقاد الوالد بولده على ما فيه من الضعف وفي حكمة من

= احل على الخائط ما شئت فقال كم تحلب قال احلب في اي اناء شئت فقال كيف سيرها قال الريح لا تلحق فلما قبضها المشتري لم يجد شيئاً من ذلك فجاه اليه وقال له ما وجدت شيئاً من ذلك فقال ما كذبتك . ( اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٨ ) مطبعة فوج الله الكردي بالقامرة .

النزاع ولم يدل على انه لا يقاد بالاجنبي اذا كان الولد مستحق القود الخ» (١).

وقد مثل للحيل الباطلة بالعينة والتورق وهما ضرب من البيع يستر الربا: ففي العينة يشتري المشتري المال من البائع نسيئة بمائة دينار مثلاً ثم يبيعه اليه بثمانين يقبضها حالا ، وفي التورق يبيعها بثمانين الى شخص ثالث اي غير البائع ، واورد في التدليل على عدم شرعية مثل هذا البيع قصة العالية التي تعاملت مع زيد مثل هذا التعامل ثم قصت امرها على السيدة عائشة رضى الله عنها فقالت لها اذهبي فقولي لزيد انه قد ابطل جهاده مع رسول الله الا ان يتوب (٢). وعرض المؤلف ايضاً للمحلل فعمل على تلك الحيلة حملة شعواء.

اما الحيل المشروعة فن امثلتها الكثيرة التي الم بها ابن القيم ما يأتي:  
(آ) اذا وقف وقفاً وجعل النظر فيه لنفسه مدة حياته ثم من بعده لغيره مسح ذلك عند الجمهور ولكنه لا يصح في رأي بعض الفقهاء لان اخراج الوقف الله يقتضي رفع يد الواقف عنه كلية كالحق ، فان كان الوقف في موضع لا يحكم فيه الا بقول من يبطل

(١) ص ١٩٣ المرجع السابق

(٢) المرجع السابق ص ١٧٨ وما بعدها — التورق قريب من العينة

وفيه تباع السلعة من (المقترض) لشخص ثالث بضمن اقل .

الوقف فالحيلة في ذلك ان ينوض الناظر الى من يشق به ويجعل اليه تفويض النظر الى من شاء فيقبل النظر ذلك ويصح الوقف ويلزم ثم يفوض النظر اليه فانه قد صار اجنبياً بمنزلة سائر الناس فهذه حيلة صحيحة يتوصل بها الى حق فهي جائزة .

(ب) اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد وصورتها البيع ممن يعامله من خباز او لحام او سمالك او غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند راس الشهر او السنة على الجميع : وقد منع الاكثرون هذا البيع وجعلوا القبض به غير ناقل للملك لانهم يريدون ان تحصل مساومة وايجاب وقبول كلما اخذ المشتري حاجة قل او كثر ثمنها ، وليس في الكتاب او السنة او الاجماع او القياس الصحيح ما يحرم مثل هذا البيع وقد اجازه الامام احمد . والحيلة للتوصل الى الجواز حتى عند من لا يجيزونه ان يأخذ البضاعة باعتبارها قرضاً في ذمته فيجب عليه للدافع مثلها ثم يعاوضه عليها بثمن معلوم <sup>(١)</sup> .

(ج) تذهب بعض الآراء الى تحريم الوقف على النفس فاذا اراد الواقف التخلص من حكمها جعل للناظر حق الادخال والاخراج فيجعله الناظر من المستحقين او يقر هو - اي المالك -

بأن العين وقف من غيره وأنه أحد مستحقيه .

(د) اذا لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم قتل الولد لزومه القصاص لانه ليس ولده مادام قد انكره فيقاد به ، وكذلك ان قتل المرأة فلولدها القصاص اذا بلغ فان اراد اسقاط القصاص عن نفسه فالحيلة ان يكذب نفسه ويقر بانه ابنه فيسقط القصاص في الموضعين .

والغريب ان ابن القيم يذكر هذه الحيلة بين الحيل المشروعة مع انه سبق ان حمل على مثلها حملة كبيرة واعتدها من الكبار ، وليس يكتفي بعد سرد هذه الحيلة الاخيرة في باب المشروعات وذكره ان القصاص يسقط في الموضعين ان يستدرك فيقول :  
(وفي جواز هذه الحيلة نظر) [١]

وننتقل من بحث ابن القيم الجوزية لنقول ان ثمة احوالا اخرى يلجأ فيها الى نوع من الحيل الشرعية او الافتراضات القانونية فالامام الاعظم ابو حنيفة يعتبر ان الوقف لا يلزم بمجرد صدور الاشهاد وانما لا بد من حكم قاض ، لذلك يتواطأ الواقف مع المتولي على ان يرفع الاخير دعوى على الاول يقول فيها انه ممتنع عن تسليمه الوقف فيحكم القاضي بتسليمه ولزومه فيصبح لازماً . والمعمول

به هو قول أبي يوسف أي أن الوقف لازم بغير توقف على حكم كما يرى أبو حنيفة أو تسليم كما يرى محمد<sup>(١)</sup>. ولكن الدعوى الصورية التي يلجأ بها إذا عمل برأي الإمام الأعظم تذكرنا تماماً بالدعوى الصورية الرومانية.

ومن الحيل القانونية تقرير قاعدة عدم سماع الدعوى بمرور الزمان تجنباً لتقرير سقوط الحق بالتقادم تقريراً صريحاً وذلك احتراماً للحديث الشريف : « لا يضيع حق امرئ مسلم وإن قدم ». ومع أن النبي تنكره الشريعة الإسلامية فإن المسلم قد يتوصل إليه عن طريق الاقرار بنسب الولد إليه .

ومن الاقتراضات القانونية — وهي تختلف عن الحيل اختلافاً ما — اقتراض الميت حياً حتى تسدد ديونه وذلك توفيقاً بين قاعدتين شرعيتين الأولى أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون والثانية أن المال لا يكون سائبة .

#### الحيل في القوانين الحديثة

أن قاعدة سماع الدعوى بمضي الزمان منصوص عنها في قانون

---

(١) مباحث الوقف لزيد بك ينظر أيضاً ماقرره المشرع المصري من عدم سماع الدعوى المترتبة على زواج ذكر دون الثامنة عشر أو أنثى دون السادسة عشر ، فهو لم يقرر بطلان الزواج ولكنه قرر عدم سماع الدعوى .



المحاكم الشرعية في مصر ومصرول بها في العراق ايضاً . فهذه حيلة قانونية احتضنها الشارع وضمها احكامه لبواعث تتصل بالسياسة القضائية وغيرها وقد استند في الاخذ بها الى قاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان .

ومع ان القانون المدني المصري قد اوجب ان تكون الهبة بمقد رسمي والا اعتبرت باطلة ، فقد عاد في المادة (٤٨) وقال ان الهبة غير الرسمية تكون صحيحة اذا جعلت في صورة عقد آخر اي غير الهبة <sup>(١)</sup> .

وقد وقف القضاء حائراً امام الحيل التي يتبعها المتعاملون فراراً من حكم القانون ونشأت نظرية كبرى تسمى نظرية التحايل على القانون *Théorie de la Fraude à la loi* تستند الى القاعدة اللاتينية القائلة بان الغش يبطل كل شيء *Frons anitua corrumpit* وكثيراً ما ظهرت هذه النظرية في الاحكام التي تتعرض لمسائل

(١) يراجع في بيان تعاليل هذا اسباب حكم الدوائر الجمعية بحكمة استئناف القاهرة العليا ( اول مايو ١٩٢٢ — مجموعة احكامها ص ٢٢ ) وقد قالت ما معناه ان المشرع اراد حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع من صدر اليه عقد الهبة المستتر فانه معذور في تعامله لانه رأى امامه عقد بيع مثلاً لا يعلم حقيقته والقانون لا يشترط الرسمية في البيع .

القانون الدولي الخاص كتفسير الجنسية توصلنا الى تغيير القانون الواجب التطبيق ، ولكن القضاء الفرنسي قد تردد وتناقض كثيراً وقد اشارت الى هذا محكمة مصر الاهلية قائلة ان هذه النظرية « محل جدل شديد بل تشكك كبير » (١).

وتردد القضاء المصري ايضاً امام الحيل التي يلجأ اليها الملاك للتخلص من شفة الجار كأن يصوروا العقد بدلا لا يبعاً اذ لاشعة الا في البيع واصدر في هذا الشأن احكاماً متضاربة (٢). ولعل مما يحمّد لتشريع الجنائي العراقي انه اعتبر بعض اعمال التحايل لتضييع حقوق الدائنين او الشفهاء جريمة يعاقب عليها بالجزاء الجنائي فوق الجزاء المدني (٣).

ولقد وقف الاستاذ (مين) في مختم الكلام عن الحيلة القانونية موقفاً وسطاً بين من تهكموا بها في ماضيها وحاضرها كبنتام ومن دعوا الى تسجيها في نظمنا الحديثة وقال مين انها قد لعبت دورها فيما مضى ولكن دورها الآن قد انتهى (٤).

(١) راجع حكم محكمة النقض والايام المصرية جلسة ١٧ يناير ١٩٣٥

لمحق مجلة القانون والاقتصاد من (٥) عدد (٣) ص (٩٧)

(٢) راجع كتاب الشفة للاستاذ كامل بك مرسي ص ٣٥ - ٣٧

(٣) راجع مقالتي في مجلة القضاء ع ٣ و ٤ من ٢ ص ٥٥

(٤) Maine - المرجع السابق ص ٣٣

(١)  
Equ<sup>١</sup> الميراث

رأينا ان الاستاذ (مين) يجعل العدالة تالية للحيل الشرعية وسابقة على التشريع اي انها تحجب بعد الاولى وتبطل الآخر كاداة استعملت لتبوير الشرائع القديمة . ونحن نرجى مناقشة هذا الترتيب الزمني ريثما نتفهم المقصود بالعدالة ونستعرض امثلة من تأثيرها . وقد تخصص اللفظ في انجلترا وصار يطلق على مجموعة وضعية معينة من القواعد القانونية التي اخذت بها محاكم «العدالة» في قضائها كما سنرى ولكننا نريد اولا ان نعالج العدالة باعتبارها فكرة مطلقة من التخصيص . ولان العدالة ترد الى ، او تقتزن بما يسمى القانون الطبيعي وجب ان نعرض له بالقدر الممكن والواجب في نطاق دراسة تاريخ القانون .

يرد الباحثون فكرة القانون الطبيعي الى فلاسفة اليونان الذين وقفوا خلال تأملاتهم على الخصائص المشتركة التي تربط الكائنات فلما رأوا دقة نظام الكون وخضوعه لقواعد تضطرد

(١) يتساءل (مين) عن اصل اللفظ ويرى انه كلمة Aequita اللاتينية

ومعناها التسوية لا الكلمة الآفريقية التي معناها المساواة ويمرر رأيه بان بالمساواة عند الآخر يقى كان يقصد بها المساواة بين الوطني والوطني . اما الكلمة اللاتينية فيقصد بها المساواة والتسوية بين الانسان والانسان مطلقا .

ولا تضطرب سلموا وجود قوة عامه تسيطر على الكون وتجري فيه امرها . ثم انتقلوا من الماديات الى المعنويات فكما ان للاولى اتساقاً ووحدة ونظاماً ترد الى القوة المهيمنة ، كذلك للثانية قانون طبيعي مشترك وهو اذلي واحد لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان . واذا كان لكل مدينة من مدن اليونان قانونها الوضعي المستقل فانها تشترك جميعاً في الخضوع للقانون الطبيعي العام الذي يشير اليه الفيلسوف سوفوكل في ( في اتيجون ) عندما يتهم الملك بطلا الرواية بانها انتهكت حرمة قوانين المدينة فتد عليه بقولها : « ان هذه القوانين لم تملنها ( زيوس ) التي تسكن الهة العالم العلوي ، فليست من القوانين الالهية غير المسطورة الثابتة التي لا تقوم للامس ولا لليوم وانما للابد » . واذا سرنا مع فلاسفة الاغريق المشهورين لم نخطئ عند كل منهم تعبيراً بشكل او بالآخر عن هذه الفكرة . فهذا سقراط يحاكمه قومه ويقررون اذنته واعدامه ثم يتقدمون اليه في ان يهجر فلسفته فيصفوا عنه فيجيبهم الفيلسوف : « يا اهل اثينا اني احبكم واحترمكم ولكنني اطيع الله لا اطيعكم اتم . وما بقيت اتقاس تردد في صدري وبقي لي حظ من القوة ، لا افتأ انذركم وانصح لكم وادهوكل من لقيته باللسان الذي عرفتمني . ولو اني كففت في هذه الساعة فليس هذا خوفاً على نفسي بل

خوفاً عليكم ان تحاربوا الله بالحكم علي . »

وهذا افلاطون يميز بين قانون المدينة والقانون العام الماوي به من الله . ثم هذا ارسطو ينص في كتابه الاخلاق على ان العدالة عدالتان: عدالة عامة وعدالة خاصة ؛ واذا كانت بعض قواعد الاولى تهمل في بعض الامكنة فكذلك بعض الناس اعسر ولكن هذا القليل لا يمنع قيام القاعدة وهي ان الساعد الايمن اقوى . وانه يرد هذه العدالة العامة او هذا القانون العام الى العقل الذي هو « القانون العام للعالم ، والاشخاص » ويبيده لانه « خيط الذهب المقدس » الذي يجذبنا الى الخير « ينبغي ان يكون الحكم للعقل مادام انه هو محل الحكمة وانه مكلف بان يسهر على النفس بتمامها ولا ينبغي البتة ان يصغي المرء من نفسه الا الى صوت العقل لان العقل المستقيم انما هو صوت الله يخاطب به انفسنا » (١) .

وهذا ديموستين يبين قانوناً عاماً للبشرية يبيع للانسان ان يدافع عن ملكه بالقوة .

ثم هذه هي الرواقية التي تلمست قانوناً واحداً عاماً هو قانون الطبيعة « فعندم ان اصل الوجود هو الله في هيئة النار ثم تحركت

(١) الاخلاق اي نيقوماخوس — الكتاب الاول — ترجمة الاستاذ

النار وحولت جزء منها الى هواء وتحرك الهواء وحول جزء منه الى ماء وتحرك الماء وحول جزء منه الى ارض ويسير العالم في هذه الصورة شوطاً مقدراً وفقاً لسنن محتمة ثم تنفى الارض في الماء والماء في الهواء والهواء في النار ويمود العالم كتلة نارية كما كان ثم ينفصل من النار هواء ومن الهواء ماء ومن الماء ارض سيرة اخرى ويسير العالم هذا الشوط المقدر وهكذا دواليك .

وقد اخذت ، بالقياس ، في الظواهر المضيوية بقانون طبيعي ايضا هو قانون العقل تحكمه في نزوات النفس ليأخذها باليساطة والتكشف واحتمال الالام في صبر وترفع .

## القانون الطبيعي عند الرومان

واذا كان الاغريق ومامة الفلسفة قد فلسفوا على النحو المتقدم واخرجوا فكرة القانون الطبيعي ففكرة فلسفية ، فليس كذلك شأن الرومان ومامة اعمال قبل ان يكونوا مامة آراء : اذا حفظ تلميذ اليونان الالياذة عن ظهر قلب حفظ تلميذهم نصوص الالواح الاثني عشر .

ولقد كثر اختلاف الآراء في موقف الرومان من القانون الطبيعي ومتى وكيف فهموا المكرة وكيف طبقوها عملاً ، وما هي

النسبة بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب . ولن نحاول هنا ان نلم بهذا كله . فحسبنا ان نطمع في استخلاص اعم ما يجب الوقوف عليه . يذهب فريق من المؤلفين الى ان الرومان لم يهتموا بالقانون الطبيعي باعتباره فكرة فلسفية وانهم تركوا الكائنات ونظامها ومباحثها للشعراء والفلاسفة وانما اضطرتهم الضرورات العملية الى تكوين ما يسمى قانون الشعوب والقانون البروتوري ، فاقانون الطبيعي اساس اقانون وليس قانوناً هو نفسه وقد رأوا فيه ما يلائم « المعتدل ويتفق مع خير جوانب الحياة الانسانية والاخلاق المهذبة والاتزان العملي والضرورات العامة » .

"Law of nature represented to the romans That Which is Conformable To Reason' To The Best Side of human nature, elevated, morality Practical Good Sence General Convenience"

فكأنما نظرهم اليه - وفقاً لهذا التصوير - كنظرة اصحاب مذهب المنفعة فالقانون الطبيعي عند بنّام هو « القانون الذي ينبثق من فهم مستنير للمنفعة » .

"The law which springs From an enlightened view of utility"

وقد اشتملت مجاميع جستنيان على اقوال متضاربة في تعريف القانون الطبيعي فبعضها يجعله قانوناً عاماً للكائنات وبعضها يجعله مرادفاً لقانون الشعوب ، بينما يحرص بعضها الآخر على التمييز بينهما والتمثيل لما يفرقهما بالرق والحرب والاسر التي يقرها

قانون الشعوب ويأبأها قانون الطبيعة . وقد وضع الكاتب  
الاماني voigt كتاباً خاصاً عن القانون الطبيعي واستخلص فيه ان  
الرومان اعتبروا قانوناً طبيعياً القانون الذي تجتمع فيه الخصائص  
الآتية :-

- (١) انه ينطبق على الناس جميعاً فلا فرق بين عبد وسيد
  - (٢) انه ينطبق على الشعوب جميعاً فلا فرق بين روماني واجنبي
  - (٣) انه واحد في جميع العصور
  - (٤) وانه يلبي احساس الانسان الداخلي بالحق .
- وحاول الكاتب بعد ذلك ان يبين مبادئ القانون الطبيعي او  
يعدد ابوابه كأنه قانون مفصل مكتوب فقال انها : الاعتراف  
بمطالب الدم ، واجب الامانة في تنفيذ التعهدات ، اجراء تناسب  
بين الغنم والغرم طبقاً للعدالة ، اعتبار النية قبل الالفاظ والاشكال  
التي تتخذ للتعبير عنها .

ولكن هذا الاحصاء يقلب القانون الطبيعي من فكرة  
مجردة الى تطبيقات معينة محصورة ولذلك انتقده الاستاذ والتون  
قائلاً : ان الفقهاء الرومان اعتبروا القانون الطبيعي مثالا اعلى للعدالة  
يجب ان يقترب منها القانون الوضعي جهد الطاقة وقد وجد هذا  
المثال الاعلى في مبادئ قانون الشعوب تعبيراً عنه .



وقد كان البروتور الوطني ثم البروتور الاجنبي<sup>٥</sup> الوساطة الهامة لتسويد مبادئ القانون الطبيعي على القانون المدني وعند دراسة القانون الروماني في ابوابه المختلفة تقابلنا الامثلة متلاحقة على هذا النشاط فلنتجزى منها هنا بمثل واحد لكل باب من الابواب الاربعة:

١- في باب الاشخاص نرى ان البروتور قد كان يرفض منع الدعوى للسيد الذي يريد استرداد عبد سبق ان حرره بطريقة غير داخلة في الطرق القديمة المحصورة الضيقة رغم ان مثل هذا التحرير كان باطلا آنذاك ، فعطل البروتور حكم القانون الجامد او عدله قبل ان يعرض المشرع لتعديله على مرحلتين ، في قانون جونيا ، ثم في تشريع جستنيان<sup>(١)</sup>.

٢- وفي باب الالتزامات نرى ما اجراه البروتور من تعديل في جريمة الاعتداء ، ثم نرى ما استحدثه عقاباً لسيئ النية من جرائم لم ينص عليها القانون فصارت تنسب اليه فتسمى الجرائم البروتورية : الغش والاكراه وغش الدائنين<sup>(٢)</sup> وفصييلة اشبهاء

---

(١) انظر مذكراتنا في القانون الروماني باب الاشخاص ص ١٥ ، وراجع امثلة اخرى لمجهود البروتور في نفس المذكرات في صفحات اخرى منها

ص ١٠ ، ١٩ ، ٤٣ ، ٤٥ ، ٧٣

(٢) مذكراتنا في باب الالتزامات ص ٢٦ ثم ص ٢٨ وما بعدها و ص ٤٧ وانظر ما تقدم ذكره في باب الحيل وراجع امثلة اخرى لنشاطه في ذلك الباب في امكنة مختلفة

الجرائم التي يعود اليه ايجادها ، وقد رأينا في باب الحيل كيف

حمى حسن النية بدعوى الـ Publiciana .

٣- وفي باب الاموال يزيل البروتور عيباً في القانون فلا يجعل الافراد

حق البناء على شواطئ الانهار رغم انها كانت داخلة بحكم القانون في نطاق الاشياء المباحة Res Communis لا في املاك الدولة العامة (١) .

٤- واخيراً ، احيلكم الى ما تقدم في باب الحيل ، حيث رأيتم

البروتور يفترض الاجنبي وطنياً حتى يكون صالحاً للدعوى .

Jus-gentium

## فانونه الشعوب

ولابد هنا من كلمة عن قانون الشعوب Jus gentium والصلة

بينه وبين القانون الطبيعي . اختلف الباحثون اختلافاً يبنياً في امور

كثيرة تتصل بقانون الشعوب ، وهم معذورون في هذا اذا راعينا ان

الرومان انفسهم قد سقطوا في بعض هذا الاختلاف ، فهذه مجموعات

جستينيان تشتمل على اقوال متضاربة : — فيينا يعتبر (البیان) ان

القانون الطبيعي يتركز في الفرائز الاصلية التي تقود الناس وبمض

الحیوان لتكوين الاسرة وتهذيب وحشيتهم عند التعامل مع غيرهم نرى

(سيسرو) يعتبر القانون الطبيعي قانوناً خالداً لا يتغير ، يأثم المشرع

(١) مذكراتنا باب الاموال ص ٧

ان حلول الانحراف عنه . ثم نرى (جاوس) يخلط بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب ويعتبرهما امرأ واحداً قائلاً : ان القانون يتألف في كل بلاد من فرعين : القانون المحلي الخاص بتلك البلاد والقانون العام الذي يتشابه في كل مكان . وهذا الأخير هو قانون الشعوب ، مع ان نفس المجموعات التي وردت فيها اقوال جاوس قد اشتملت على نصوص أخرى تفرق بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب وتضرب مثلاً لما بينها من اختلاف بأب الاول يأبى الرق والاسر والحرب بينما يقرها الاخير ، وقد لوحظ على تعريف (جاوس) ايضاً انه لم يثبت وجود قواعد مشتركة بين جميع الشعوب وان قواعد قانون الشعوب لم تكتب بعد استقراء واحصاء للقواعد المشتركة عند الأمم ، وانما تكونت جزءاً جزءاً وفقاً للمقتضيات ووجدت قبل ان يأخذ رجال القانون في بحث اساسها الفلسفي .

على انه اذا كان (التون)<sup>(١)</sup> يقطع بعدم حصول دراسة مقارنة لقوانين الشعوب المختلفة واستخلاص للمبادئ المشتركة فيها ليجعل منها « قانون الشعوب » فان مؤلفين آخرين يأبون ان يفصلوا في الأمر برأي قاطع : فهذا (برايس) مثلاً يوقف بين افتراضات ثلاث

(١) والتون — مقدمة تاريخية للقانون الروماني — ص ٢٣١ .

لا يرجع أحدهما على الآخرين : هل حصلت تلك الدراسة المقارنة لاستخلاص المبادئ المشتركة ؟ هل طبق الرومان نفس قانونهم المدني بعد ازالة قشوره وشكلياته والاحتفاظ بجوهره ولبابه ؟ أو لاهذا ولا ذالك وانما طبقوا بعض قواعد تعسفاً اي بغير بحث زاعمين انها موجودة عند ، أو تلائم ، جميع الشعوب ؟ (١)

ولكن متى نشأ « قانون الشعوب » وما سبب ايجاده او وجوده الى جوار القانون المدني البحت ؟ أن الرأي الغالب يذهب الى انه نشأ عندما أخذ الرومان ينقلبون من شعب زراعي الى شعب تجاري كثر تعامله مع الأجانب . وبما أن القانون المدني البحت كان قانوناً خاصاً بالرومان ومن شبهوا بهم لا يجوز لغيرهم الاستغلال به ، كان لابد من انشاء قانون جديد ينظم هذه العلاقات الجديدة ، فنشأ « قانون الشعوب » قانوناً تجارياً اول امره سمي « قانون السوق » ثم تعزز بالابحاث التي دارت حول القانون الطبيعي ، وقد كان بحكم نشأته محرراً من قيود القانون المدني التي تنفر منها التجارة بطبعها . ولكن ثمة رأي آخر هو رأي Carlowa الذي اخذ به Cuq ايضاً ، ينهب الى ان قانون الشعوب ليس الا قانوناً رومانياً في الاصل ، بمعنى انه نشأ للرومان انفسهم لينظم علاقاتهم فيما بينهم ، وانهم

اضطروا الى استحداثه حتى قبل ان يتصلوا بالاجانب لانهم ضاقوا  
ذرعاً بقيود قانونهم المدني العتيق .

وبدهي، ومثل هذا الاختلاف قائم، ألا يمكن الاتفاق على تحديد  
تاريخ نشأة « قانون الشعوب » ، بل ان اصحاب الرأي الغالب انفسهم  
لا يستطيعون تحديد ذلك التاريخ ، وانما يكتفون بان يرجحوا انه  
وجد اول الامر في القرن الخامس لانشاء روما (روما انشئت سنة  
٧٥٣ ق . م) معتمدين على ان وظيفة بروتور الاجانب  
Preteur Peregrinus قد انشئت قريباً من ذلك الوقت اي سنة  
٢٤٠ ق . م (١)

ويحصي والتون اسباباً اربعة ساعدت على نمو وازدهار قانون  
الشعوب هي :

١ - قيام العلاقات التجارية بين الرومان وغيرهم ممن ليس لهم  
حق التعامل في ظل قانون الشعوب ، فكان لابد من تغيير قواعد  
القانون المدني وإلا وقف تقدم المدنية .

٢ - استنارة الرومان واتساع افقهم بفضل هذا الاحتكاك  
نفسه لاسيا باليونان ، وكانما كانت فكرة القانون الواحد « نسياً  
جديداً هب على القانون المدني الجاف » .

٣- وجود طبقة من كبار المثقفين أخذوا يتطوعون باعطاء الفتاوي يحف بهم التلاميذ في بيوتهم كما كان سيسرو تلميذاً لـ (سكافولا) وقد نجم أكثر رجال القانون في العصر الكلاسيكي من اصول غير رومانية فبابزيان وبول قد قيل انهما فيزيقيان ومودستين يوناني وجولييان سلفانوس افريقي.

٤ - السلطة الواسعة التي تمتع بها البروتور<sup>(١)</sup> وقد امتزج قانون الشعوب بالقانون المدني في عهد جستنيان .  
العرائز في القانون الانجليزي

قامت فكرة العدالة بدور كبير في القانون الانجليزي حتى كونت قانوناً برمته يسمى قانون العدالة الذي عرفوه بقولهم :-

" By Equity is Meant That Body of Rights And Remedies Which Before 1873 Were Not Recognised Or Provided by Courts of Law but only by the Court of Chancery "

فهذا التعريف يذكر (محكمة القانون) و (محكمة المستشار) ويحدد تاريخاً كانت الاخيرة قبله تقضي بما لا تقضي به الاولى فما معنى هذا ؟

(١) والتون - المرجع السابق - ص ٢٥ - ٢٨ ويضيف برايس ان ضعف العقيدة الدينية جعل الرومان يلتمسون بديلاً لها وجدوه في الفلسفة ومبادئ القانون الطبيعي فاشتغلوا بها لاسيما ان امر السياسة كان قد استقر في يد فرد مطلق (ج ٢ ص ٥٢٨)

كانت المحاكم الانجليزية العادية او محاكم القانون العام تتبع قواعد في بعضها شدة ومجافة للعدالة فلجأ المتقاضون الى الملك ليخلصهم من تلك القواعد ويجري في مسائلهم قضاء آخر يلائم الانصاف وقام الملك بهذا بماله من ميزة خاصة هي ميزة الفصل في المشاكل ولو في غير حدود القانون لان العدل يتركز في شخصه ويصدر عنه ولما عليه من واجب الانتصاف للضعيف من القوي . وقد مارس الملك هذا الحق عن طريق مجلسه ثم فوضه للجامعة يرأسها المستشار Lord Chancellor الذي كان قسيساً حافظاً لسريّة الملك وحاملاً لخاتمه في وقت واحد ، فلما استأثر احد اولئك المستشارين وهو وولزي بالنفوذ في الدولة في عهد هنري الثامن استأثر ايضاً بهذه السلطة القضائية فارسها مستقلاً اي بغير مجلس . ويلاحظ ان هذه الميزة التي اعترف بها للملك والتي فوضها الى المجلس ثم استأثر بها مستشار ، لا تحوله سلطة سن قانون جديد لان التشريع من شأن البرلمان لا الملك ولا مفوضيه ولذلك لم يحتاجوا الى تلقين من يتولى منصب المستشار تعليماً قانونياً خاصاً في حين استوجبوا ذلك بالنسبة لامتضاة في محاكم القانون العام . فالمستشار كان يتقضي في كل دعوى وفق ظروفها بما يطابق للعدالة والحسن <sup>■</sup> والعقل والمنطق .

As equity and good Reason and good sense and conscience  
Require in the Case .

حتى ان سلدن تهم بمقضاء العدالة وقال انه لا يعرف معياراً  
لها لان العدالة تضيق وتوسع بمقدار ضيق وسعة ضمير المستشار  
كما تطول القدم او تقصر باختلاف المستشارين .

ولكن المستشارين اخذوا يراجعون افضية من سبقهم  
ويستأنسون بها وكان المستشار notingham هو اول من قلب العدالة  
من مسألة ظروف الى قاعدة ، ثم جاء Eldor فلم يستحدث قواعد  
جديدة بل اخذ يعيد النظر في الافضية السابقة كما حصل للقارن  
البروتوري اوقضاء البروتور في روما حوالي سنة ١٣٠ ب . م في عهد  
الامبراطور هادريان الذي لم يطق ان يزاول البروتور سلطة التشريع  
( ومع ذلك تذهب بعض الآراء الى ان المبادئ البروتورية استقرت  
ووقف استرسالها قبل ذلك التاريخ ) .

موازنة بين العرائض الرومانية والانجليزية

وقد ألف الباحثون ان يعقدوا موازنات بين العدالة الانجليزية  
والقانون الطبيعي عند الرومان ، ففريق يقيم الفروق وفريق يفتش عن  
ضروب التشابه : فاوستن مثلاً يرى انها مختلفان ويقول ان العدالة  
الانجليزية مارسها كما خاصة غير المحاكم العادية ، كما ان قواعد الاولى  
كانت قواعد قضائية بينما كانت قواعد الثانية تشريعية لان البروتور



في الواقع كان يشرع ولا يقتصر على القضاء . وقد لاحظ والتون بالنسبة للفرق الاول ان اوستن تجاهل وجود ( البروتور الاجنبي ) الذي قام بتطبيق قانون الشعوب ، اما الفرق الثاني فهو يسلم به ويكتفي بالاعتراض العام بغير تفصيل . والواقع ان كلا من البروتور والمشاركان يقضي ويشرع واذا كان تمت فرق فهو شكلي بحت لان البروتور كان يثبت مبادئه في منشوره وهذا ما لم يفعله المستشار ، فان نحن تجاوزنا عن هذا الفرق الشكلي وجدنا ان كلا منها استحدث مبادئ جديدة استحداثاً هو في الواقع من التشريع .

وقد عرض الاستاذ (مين) للموازنة بينها فاستظهر خصلتين يشتركان فيها :

الاولى : ان كلا منها وقف في وقت معين عن استحداث القواعد الجديدة مكتفياً بما تجمع من قواعد .

الثانية : ان الفرور البشري الذي يابى على النفس ان تسلم بان حلالها الاولى كانت على غير ما يرام ، هذا الفرور قد دفع الرومان الى تلمس اصل قديم لقواعد عد التهم وجدوه في فكرة القانون الطبيعي ودفع الانجليز الى تلمس مثل هذا الاصل

فوجدوه في فكرة (ان الملك مصدر للعدل والاحسان) [١٧].  
ويضيف نفس المؤلف ان المستشار الانجليزي كثيرًا ما كان يشق  
مبادئ احكامه من قضاء البروتور الروماني بغير ان يصرح بذلك.  
والآن فلنستوعب بعض الامثلة للعدالة في القانون الانجليزي :

١ - كان القانون العام يقضي بان المدين بسند لا تبرأ ذمته  
قانونًا وقضاء بدفع الدين الا اذا استرد السند او اشر عليه بالتخالص.  
فاذا لم يفعل واستصدر من الدائن ورقة مستقلة يعترف فيها بالوفاء،  
ثم قاضاه الدائن خرب الذمة مطالبًا بالمبلغ فليس يغني عنه ان يظهر  
هذه الورقة للمحكمة بل لابد من الزامه بالدفع مرة ثانية .  
بديهي ان تحتط محكمة العدالة خطة اخرى فترفض الدعوى  
في مثل هذه الحال .

٢ - طبقا للقانون العام كانت حقوق المرأة ضعيفة وكان لابد  
من موافقة زوجها على تصرفاتها القانونية فخفضت هذه القيود  
طبقا لقضاء العدالة .

٣ - كان القانون العام لا يعترف باسبابفساد العقد ما عدا  
الغش وعدم الاهلية والاكراه فزادت محكمة العدالة استعمال النفوذ  
استعمالا غير مشروع undue Influence والتسلط على الارادة  
واذا كانت العلاقة بين المتعاقدين قوية  
(١) راجع مناقشة بولوك لين في هذا الانتقاد في نفس كتاب مېن .

فهنا قرينة قانونية على حصول هذا التأثير غير المشروع كان يهب زوج لزوجته او ولده او يهب المريض لطيبه او المتماضي لحامييه او المريض لقسيسه ؛ فالهبة في كل هذه الصور باطلة لان المفروض وقوعها تحت تأثير غير مشروع ، الا ان يثبت العكس اي ان من صدر العقد لصالحه لم يكن له هذا النفوذ وذلك التأثير زعلا . او ان العقد عمل بعيداً عن تديره باقتراح شخص ثالث .

٤- كان القانون العام يحيز وينفذ الشرط الذي ياخذ الدائن المرتهن على مدينه الراهن بان يملك الاول العين المرهونة اذا حل موعد الوفاء ولم يف وهو يسمى *Clause Comissoire* فابطل قضاء العدالة فعل هذا الشرط معلناً قاعدة ان الرهن يبقى رهناً *Cu ce a mortgage, always a mortgage* مع استبقاء حق الـ *Foreclosure* للدائن ومقتضاه ان يطلب من المحكمة تحديد اجل للوفاء اذا حل بغير ان يقوم المدين بتوفية الدين تملك الدائن العين . على ان المحكمة لم تكن ملزمة باجابة هذا الطلب فكان لها ان تفضل ايقاع بيع العين وتوفية الدين من ثمنها .

٥ - رفضت محكمة العدالة تطبيق ما يشترطه الدائن من زيادة سعر الفائدة عما حدد في العقد في حالة التأخر عن الوفاء في الميعاد كأن يقول الدائن ان الفائدة ٧ بالمائة اذا دفع الدين آخر العام وإلا

احتسبت الفائدة بسعر ١٠ بالمائة .

٦- لم تبح محاكم العدالة الفوائد المركبة الا بشرط صريح بالعقد .

٧- طبقاً لقواعد القانون العام يعتبر الاب الولي الطبيعي على الولد الشرعي ، وتعتبر الام الولى الطبيعية على الولد الطبيعي وللولي تعيين وصي مختار ، ولكن محكمة العدالة اجازت عزل هذا الوصي معتمنة على انها تقضي نسيابة عن الملك الذي يعتبر ابا الوطن *Pater patriae* .

٨ - صدر قانون للاقراض سنة ١٩٠٠ قضى بعلان القرض اذا لم يكن اسم المقرض مسجلاً في سجل المقرضين . وحدث ان اقراض شخص غير مسجل قرضاً لا آخر واستلم منه سندات تأميناً لهذا القرض . فلما طالبه بالدين رفضت دعواه طبقاً للقانون ، ولكن المحكمة ابت ان تجيب طلب المدين ارجاع السندات اليه .

٩- درجت محاكم المدالة على ان تعطي اوامر *Injunctions* تحول حاملها تنفيذ حق له . كأن يمنع جاره من القيام بعمل يضره قبل البدء فيه ، او ان يستولي الدائن على بعض اموال مدينه المتمنع عن الذهاب الى المحكمة .

١٠- وقضت بالتنفيذ العملي *Specific Performance* كأن يتعاقد

مثل على احياء حفلة ثم يتمتع ، فالمتعهد ان يجبره على القيام بالتزامه عيناً<sup>(١)</sup>.

## (٢) العدالة في الشريعة الاسلامية

عرفت الشريعة الاسلامية فكرة العدالة في صورة الرأي ولكنها تمتاز من الشريعتين الرومانية والانجليزية بان فكرة العدل نشأت مصاحبة لقواعدها ، ففضلا عما ورد في القرآن الشريف من حث على الاخذ « بالعدل » والاحسان وامر « بالمعروف » ، « فقد ارتضى اكثر الاصوليين ان رسول الله ( صلعم ) كان يجتهد برأيه حيث لا يكون وحي » كما روي حديث يقر اجتهاد القاضي برأيه اذا لم يجد نصاً من الكتاب او السنة . « وكان كثير من الصحابة

(١) راجع هذه الامثلة وغيرها في : sthohaw (A digest of equity)

وبعضها في والتون . وانظر امثلة هامة اخرى في باب تاريخ القانون الانجليزي في هذه المذكرات

ويلاحظ ان المثال الثامن ينفي الى حد ما قول بعض الكتاب ان قواعد العدالة وقت فلم تزد شيئاً بعد سنة ١٨٤٨ .

(٢) يحسن ان راجع في هذا للمعرض الفصل القيم الذي كتبه استاذنا الدكتور السنهوري عن فكرة القانون الطبيعي عند فرقة المعزلة التي استخلص انها تقول بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين بعكس الاشعية التي ترى ان القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله

(علم اصول القانون ص ٣١-٣٤)

يرى ان يستعمل الرأي حيث لا نص من كتاب ولا سنة . وقد  
فسر ابن القيم الرأي « بأنه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب  
لمعرفة وجه الصواب » واستخلص الاستاذ احمد ان المتتبع  
لما روي عن العصر الاول في الرأي يرى انهم كانوا يستعملون هذه  
الكلمة بالمعنى الذي نفهمه الآن من كلمة « العدالة » وبعبارة اخرى  
ما يرشد اليه الذوق السليم مما في الامر من عدل وظلم <sup>(١)</sup> . ومن  
يوازن بين تعريف ابن القيم وبين معنى العدالة الانجليزية في نظر  
المستشار يرى ان ملاحظة الاستاذ احمد امين ملاحظة صائبة . وقد  
اعتبر عمر بن الخطاب ( رض ) زعيم مدرسة الرأي واورد بعض  
امثلة تبين اخذه به ، كتقرير قتل الكثير بالواحد قياساً على حد  
من يشتركون في سرقة جزور ، وتعيين ثمانين جلدة حداً لشارب الخمر  
قياساً على القاذف لان من سكر هذى ومن هذى قذف ، وجمله  
للإشقاء نصيباً من تركه شقيقتهم في المسألة المعروفة بالحجرية او  
الحمارية او المشتركة . وقد عمل في قتل الكثير وحد القاذف برأي

(١) فجر الاسلام ج ١ ط ٢ ص ٢٧٨

(٢) اذا نوفيت امرأة عن ام وزوج واخوين لام واخوة اشقاء فان الام تأخذ  
السدس والزوجة النصف والاخوين لام الثلث فلا يبقى شيء للاشقاء ، وقد كان  
عمر يقضي بهذا حتى قال هؤلاء هب ان ابانا كان حجر آفي اليم ( وفي رواية  
اخرى كان حماراً ) اما كانت امنا واحدة ؟ فاشركهم في الثلث مع الاخوة لام .

الامام علي (رض). وعملوه عن اعطاء بعض الصدقات للمؤلفة قلوبهم رغم صريح النص القرآني الكريم استناداً الى ان علة الاباحة التي ورد بها النص - وهي حاجة المسلمين الى مداراة القوم وتأليف قلوبهم بالاعطاء - قد زالت فوجب ان يزول معلولها بعد ان « اعز الله الاسلام واغنى عنهم » ، والعفو عن سرقة يباعث الحاجة لان سادتهم يستعملونهم ويجيعونهم حتى ان احدهم لو اكل ما حرم الله عليه حل له « وتغريمه سيدم غرامة توجعه لانه هو الذي اجاعهم فركبوا ذلك المركب الخشن <sup>(١)</sup> ، وعدم توزيعه على جنود المسلمين اربعة اخماس ما فتحوا من البلاد وقد كان للعسكر الفانم اربعة اخماس الغنيمة وليت المال ما تبقى ، وقضائه على محمد بن سلمة بان يمر

---

(١) لكن يلاحظ انه جعل الغرامة للعجى عليه لا لبيت المال : « ثم

قال يا مني بك اريد منك ناقصك ؟ قال باربعائة » ، قال فاذهب فاصطه ثمانمائة » . تأمل قضاء عمر في هذا الحادث وقارنه بمذهب القوانين الحديثة التي ترفض الخلط بين الباعث والنية الجنائية فن قتل يباعث الشفقة مريضاً ميتوساً من شذائه لا تقاذه من آلامه فهو قاتل ، ومن سرق - ككجان فالجان بطل رواية البؤساء - ليقتل اطفاله المتضورون فهو سارق في نظر القانون وان جاز للقضاء ان يراعي الظروف عند تقديره العقاب . - قارن هذا القضاء ايضاً بنكرتي الضرورة وشخصية العقاب - وقارن قتل الكثير بالواحد بقواعد تعدد الفاعلين والاشتراك .

خليج جاره في ارضه لانه ينفع جاره ولا يضر محمداً «فهمل الفتوى باصل عام وهو اباحة النافع وحظر الضار ولم يقله قياساً على اصل معين وهذا ما يسمى في عرف الفقهاء بالمصالح المرسلة التي لم يشهد فيها اصل معين» <sup>(١)</sup> .

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للرحوم الحضري بك ط ٤ ص ٢١١  
 قارن هذا القضاء بنظرية سوء استعمال الحق التي سيرد الكلام عنها ونظرية ديجي .  
 وراجع في فكرة المصالح المرسلة التي تسمى الاستصلاح ايضاً (ضحى الاسلام) للاستاذ  
 امين الجزء الثاني الطبعة الثانية ص ١٥٦ وقد لخصها بقوله : « ان الشارع .  
 - كما قالوا - يدور في تشريعه على حفظ خمسة وهي : الدين والنفس والعقل  
 والنسل والمال ، ولو استقرينا اوامر الشارع ونواحيه لوجدناها لاتعدى هذه  
 الامور ، ولودققنا في معرفة ماحلله الشرع او حرمه لوجدنا علته كذلك . فاذا  
 عرضت مسألة من المسائل لم يرد فيها نص نظرنا فيما يترتب على الامر من  
 المصالح والمضار ؛ وقد رنا ذلك كله واصدرنا حكماً بحله او حرمة . وقد مثلوا  
 لذلك بكفار تترسوا بمجاعة من اسرى المسلمين فلو كففنا عنهم لقاتلونا  
 وغلبوا على دار الاسلام وقتلوا المسلمين ، فقالوا ان المصلحة تقتضي القتال  
 ولو قتل الترس لان مقصود الشرع تقليل القتل او منعه عند الامكان  
 وفي مقاتلته الكفار تحقيق لهذا لانه اذا لم يفعل قتلا المسلمين ثم قتلوا الاسرى  
 فالاسير مقتول على كل حال ؛ واقرب الطرق الى تقليل القتلى هو مقاتلة  
 الاعداء ولو تترسوا بالمسلمين . فترى من هذا انهم يعنون بالاستصلاح او  
 المصالح المرسلة وزن ما يعرض من المسائل يميز ان المصلحة العامة او باغراض  
 الشارع العامة او بالقواعد الاساسية التي جاءت من اجلها الشرائع وهو ضرب  
 من الرأي او مراعاة العدالة يدعو الى نوع من الحرية في التشريع . »



وقد ضاق معنى الرأي فبعد ان كان يتصد به في عهد الصحابة والتابعين « الحكم بناء على القواعد العامة للدين كقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرب ولا ضرار) بغير اهتمام باصل معين يشبه الحادثة التي يفتى فيها » ، احس الفقهاء بما في التوسع في الرأي من خطر لانه قد يؤدي « الى ترك كثير من السنن ولا سيما اذا كان صاحبه لم يكثر من التنقيب عن السنن ولم يكن من الميسور لفقيه قام في مصر من الامصار ان يكون محيطاً بما عند العلماء في سائر الامصار من السنة فلا يأتى من ان يفتى بما تخالفه سنة لم يحفظها وحفظها غيره ، فراءاً وان يضيخوا دائرة الرأي فشرطوا ان يكون للمستنبط بالرأي اصل معين يرجع اليه في فتواه وذلك الاصل اما كتاب او سنة وهذا هو (القياس) الذي اعتبروه اصلاً من اصول التشريع بعد الكتاب والسنة وبرز فيه فقهاء العراق الا انهم كثيراً ما يتركون القياس الى شيء سموه الاستحسان فكثيراً يقول محمد بن الحسن في المبسوط استحسنت وادع القياس فقد يكون احسانه رجوعاً لا اثر يخالف مقتضى القياس او رجوعاً للاصول العامة وهذا ما كان يسمى قديماً بالرأي » (١) .

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري - ٢١١ - ٢١٢ - وقد قيل في

تعريف الاستحسان انه قياس خفي في مقابلة القياس الظاهر وقيل في هذا المنرض

وقد نهضت مدرسة الحديث تتناوم أصحاب الرأي وتغلو  
 أحياناً في تسفيه مذهبهم وتستعمل في ذلك التهمك اللاذع وقامت  
 بين المدرستين الغاليتين مدرسة أخرى تتخذ بين ذلك قواماً فهي  
 لا تهمل الرأي بتاتاً وهي مع ذلك غنية بالحديث ولا تعمل الرأي  
 الا بشروط اذا لم يكن نص في المسألة ومن اعلام هذه المدرسة  
 الامام مالك ثم الامام الشافعي اللذان يقفان بين الاحناف في طرف  
 والحنابلة في الطرف المضاد<sup>(١)</sup> .

« استفت قلبك وان افتاك الفتون » - (قارن عدالة الضمير) - وقد ورد في نهي  
 الاسلام (ج ٢ ص ١٥٦) ما يأتي : « فلا استحصان قد عرفوه تعريفات  
 مختلفة اقربها الى الفهم ان يكون في المسألة شبه بمسألة أخرى ورد فيها نص  
 وكان من مقتضى ذلك ان يقيس الفقيه هذه المسألة على المسألة التي ورد فيها  
 النص ولكنه لا يفعل ذلك ويترك هذا القياس الى تقدير المسألة بمقتضى العدالة »  
 (١) وقد رأيت اياتاً من الشعر نقشت على ضريح الامام ابي حنيفة في  
 « الاعظمية » ينفد تشير الى اخذه بالقياس اذكر منها :

اذا ما الناس يوما قايسونا	بأبدة من الفتيا ظريفه
اتيناكم بقياس صحيح	تلاد من طراز ابي حنيفه
ولم يقس الامور على هواه	ولكن قاسها بتقى وخيفه
واوضح للخلائق مشكلات	غوامض كن قد تركت وقيفه

ويظهر ان هذه الايات هي التي اوردها ابن قتبية قائلاً ان شقيقاً  
 البلخي رواها عن بعض الشعراء مدحاً لابي حنيفة .

ومع ان ابن القيم يضمن اتباع مآلك الذي اخذ بالمصالح المرسله ،  
 نراه يشمل حملة شديدة بأسلوبه الحماسي المأثور عنه وتهكمه البارع  
 اللاذع <sup>(١)</sup> على الاخذين بالرأي والقياس والاستحسان ، ولكنه  
 انصفهم فلم يبدأ بالرد عليهم الا بعد ان اسهب في بيان ادلتهم ثم ولم  
 يكتف عن قارئه تقديره لعمله هذا فقال : « قد اتينا على ذكر فصول  
 نافعة واصول جامعة في تقرير القياس والاقتناع به لعلك لا تقفر  
 بها في غير هذا الكتاب ولا بقريب منها » ثم اخذ في بيان وجهة  
 نظره هو وتعريضها بما استظهر من نصوص وروايات ومجادلات ،  
 من ذلك قوله « ولو كان القياس من الدين لكان اهله اتبع الناس  
 للاحاديث ونحن نرى انه كلما اشتد توغل الرجل فيه اشتدت مخالفته  
 للسنن فله كم من سنة صحيحة صريحة قد عطلت به وكمن أثر  
 درس حكمه بسببه فالسنن والاثار عند الراءيين والقياسيين خاوية  
 على عروشها معطلة احكامها معزولة عن سلطانها وولايتها ، لها الاسم  
 ولغيرها الحكم ، لها السكة والخطبة ولغيرها الامر والنهي والا فلماذا  
 ترك حديث تغريب الزاني غير المحصن ، وحديث لعن الله

(٢) فهو يقول في تنديد حجة الاشقاء في المسألة المشتركة انه لو جاز

اقتراض ان اباهم كان حراماً لوجب ان تكون امهم اناثاً ( المجلد الرابع

المحلل والمحلل له ... وحديث جواز رجوع الاب فيما وهبه لولده ولا يرجع غيره ... وحديث من زرع في ارض مقوم بغير اذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته الخ» <sup>(١)</sup> واستأنس بان الله قبل في قتل النفس شاهدين ولم يقبل في الزنا الا اربعة مع ان قتل النفس اعظم ، وجعل المرأة تقضي الصوم اذا حاضت ولا تقضي الصلاة مع ان هذه اعظم ، <sup>(٢)</sup> بل ذهب ابن القيم الى ان الخلفاء الراشدين جميعاً رضي الله عنهم قد ذموا الرأي مع انا رأينا ان عمرأ كان زعيم مدرسته فان تأملنا معتمد ابن القيم في تقريره هذا وجدنا مما يقول في ذلك « ان ابا بكر نزل به قضية فلم يجد في كتاب الله فيها اصلاً ولا في السنة اثراً فاجتهد برأيه ثم قال هذا رأيي فان يكن صواباً فن الله وان يكن خطأ فني واستغفر الله » وان عمرأ قال وهو على المنبر « يا ايها الناس ان الرأي انما كان من رسول صلى الله عليه وآله وسلم مصيباً ان الله كان يريه وانما هو منا الظن والتكلف » <sup>(٣)</sup> ولست ادرى في هذا تحريماً للرأي ولا نهياً عنه بل ان شدة تخرج الخلفاء وتقوام ورغبتهم في ابراء ذمتهم هي التي دفعتهم الى الافضاء الى الناس بذلك ولعلمهم قصدوا ان يضرخوا من انفسهم للناس مثلاً

(١) المجلد الاول ص ٢٩٩ — ٣٠١ (٢) ص ٣١١ المرجع السابق .

(٣) ص ٦١ المرجع السابق

في التحرج والتودع والا فكيف نفسرا خذم بالرأي فعلا وامرهم  
عمالهم بالاحتذاء خذوم على نحو ما كان في عهد عمر للاشعري  
رضي الله عنهما .

على ان ابن القيم قد اعلن اقتناعه برأيه بصيغة جازمة : « ونحن  
تقول قولاً ندين الله به ونحمد الله على توفيقنا له ونسأله الثبات  
عليه ان الشريعة لم تحوجنا الى قياس قط وان فيها غنية وكفاية عن  
كل رأي وقياس وسياسة واستحسان . » <sup>(١)</sup> وقد ضرب لذلك  
أمثلة منها : « تقصير طائفة في لفظ السارق حيث اخرجوا منه  
نباش القبور ثم راموا قياسه في القطع على السارق فقال لهم منازعهم  
الحدود والاسماء لا تثبت قياساً فاطالوا واعرضوا في الرد عليهم  
ولو اعطوا لفظ السارق حقه لمرفوا انه لا فرق في حده ومسماه بين  
سارق الأثمان وسارق الاكفان وان اثبات الاحكام في هذه الفتور  
بالنصوص لا بمجرد القياس . » <sup>(٢)</sup> ومن ذلك ايضاً انه عارض الذين  
جوزوا عقد الإيجار استحساناً لانه باطل قياساً لان التملك لا يرد  
على المستقبل وعقد الإيجار ليس الا تملك المنفعة وهي غير حاصلة  
وقت العقد <sup>(٣)</sup> ، وقال في محاجتهم ان الإيجار جائز بحكم الاصل

(١) ص ٣٢٥ — ٣٢٦ المرجع السابق . (٢) ص ٣٢٥ المرجع السابق

(٣) راجع قول قاضي زاده .

وليس باطلاً قياساً ولا جازماً لمحض الاستحسان وذلك لان مناط الحكم في الابطال ليس الاستقبال وانما هو الضرر . فاذا امتنع فالتعليك صحيح ولو ورد على المستقبل <sup>(١)</sup> .

على ان من يمن النظر فيما كتبه ابن القيم في هذا الفصل يراه قد اخذ بالقياس في بعض المسائل : فها هو ذا يقول باعطاء البنيتين الصليبتين الثلثين من التركة اذا لم يترك المورث ولداً ذكراً رغم ان الآية الكريمة تقضي باعطاء الثلثين ان كن فوق اثنتين « وانما انتهى ابن القيم الى هذا الحل الذي يتعارض في الواقع مع المعنى القريب الظاهر للنص قياساً على حالة وجود اختين للمتوفى فقد قضى النص باعطاءهما الثلثين فدوى ابن القيم البنيتين بالاختين بناء على حجج منها ان حق البنت اقوى من حق الاخت فما يكون للاختين يجب ان يكون للبنتين من باب اولى .

التحسين والتقبيح العقليانه :

وقبل ان نمضي عن هذا الفصل يجدر بنا ان نشير الى مسألة مما اثار المعتزلة ، « لها اتصال كبير على ما يظهر بمسألة الرأي والقياس هي مسألة التحسين والتقبيح العقليين ومدارها هو : هل في الافعال صفات من حسن او قبيح جمات الشارع يأمر بها او ينهي عنها ،

فلولا مافي الصدق من منته المادية . ولو لا مافي الكذب من صفة لما نهي عنه ؟ او ان الشارع بأمره بالصدق جعله حسناً وبنييه عن الكذب جعله قبيحاً ولو شاء لعكس ؟ » قال المستزلة بان الحسن والقبح ليسا خلعة من الشارع يخلعه على هذا النمل او ذاك ، بل هما مستقران في طبيعة الاشياء وليس المشرع ينهي عن عمل الا لانه قبيح في ذاته فهو « مخبر » عن قبحه لا « منشيء » له ، وليس يلحق او يأمر بعمل الا لانه حسن في ذاته فهو « معين » لحسنه من بعد وجود وليس محدثاً اياه من عدم . وقال الاشعرية بان ما يراه الشارع حسناً فهو حسن وما يراه قبيحاً فهو قبح ، والحسن والقبح مستمدان من تقرير الشارع لا من طبيعة الاشياء . وقد عاصرت هذه المسألة القياس والرأي ، وذهب الاستاذ احمد امين الى انها « متساندتان فمن كان يرى ان في الافعال صفات من اجلها أمر بها الشارع او نهي قال : ان هذه الصفات يمكن ادراكها بالعقل ، ولذلك يكرن الرأي في امكانه كشف هذه الصفات وتعرفها واصدار حكم فيها ، وذلك يجعل له حرية كبيرة في التشريع ، ومن قال بعدم الصفات الذاتية ، وان أمر الشارع هو الذي يحسن ويقبح ، كان من الطبيعي ان يقف في اجتهاده على النص ، وكل ما يستطيع في الاجتهاد ان يلحق الشيء بشبهه ، وطبعي ان يذهب

الحنفية الى الرأي الاول ، وان العقل يستطيع ادراك ما في الشيء من صفات حسن او قبح ، وان الانسان لو لم تبلغه دعوة فلا عذر له في الجهل بخالقه لدلالة العقل عليه وهو ملزم بفعل الحسنات وترك السيئات لان العقل يرشد الى ذلك « ١ » .

وقد رأى استاذنا السهوري ان قول المعتزلة هذا اخذ بنظرية القانون الطبيعي في حين ان « مذهب الاشعرية مذهب رسمي شكلي كمذهب « اوستن » ومدرسة الشرح على المتون لان القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله » « ٢ » .

#### موازنة بين العرانة في الشرائع السموية :

والمقابل في « العدالة » الاسلامية يرى انها - على عكس العدالتين الرومانية والانجليزية - قد نشأت مصاحبة للقواعد القانونية لا تالية لها ، وانها قد قنعت في اكثر الاحوال بتفسير القموض او ايجاد حل لمسألة لم ينص على حل لها بوسائل التفسير العادية فلم تكن جريئة على القواعد القانونية الواضحة الثابتة

(١) ضحى الاسلام ج ٢ ط ١ ص ١٥٤ و ١٥٥ . وقد خص المؤلف

مذهب الاعتزال بالفصل الاول من الفصول الاربعة التي اشتمل عليها الجزء

٤٠٠ من ضحى الاسلام الصادر حديثاً (ص ٢١ - ٢٠٧)

١ ، القانون ص ٣٣ و ٣٤



الافى احوال استثنائية قليلة كما رأينا في بعض افضية عمر  
وهي في هذا تختلف من المدالتين الرومانية والانجليزية اختلافا  
يدنا . وقد كان مذهب الاعتزال الاسلامي جريئاً في نظرياته الى  
ابعد حدود الجرأة حتى قرر اصحابه فكرة العدل على الله ونادوا  
بخلق القرآن ولكن اثرهم في النطاق التشريعي العملي اى فيما  
يتصل بامور الناس الوضعية الدنيوية لم يكن ذا بال<sup>(١)</sup>

واذا كان قضاء بحكمة العدالة في انجلترا قد لقي خصوصاً من  
العلماء يناجزونه ويدعون الى التثبت باهداب القانون العادي ،  
وكان الرومان قد تقسمتهم فيما قيل نزعة تمحصر على القانون  
القديم ونزعة تهفو الى الجديد ، فكذلك لقي الرأي عند المسلمين

---

(١) انظر مع ذلك ضحى الاسلام الجزء الثالث ص ٨٥ و ٨٦ فقد قرر  
احد أئمة المعتزلين عمرو بن عبيد أنه « لا ينفى عن السارق دون السلطان »  
فروى له بكر بن حذان حديث صفوان بن امية الذي يفيد ان النبي (ص)  
قرر ان للمغنى عليه حق المغو عن السارق قبل ان « يأتيه به » اي قبل  
ان يرفع امره الى السلطان ، وليس له المغو بعد ذلك ؛ فقال عمرو لمن  
عارضه بالحديث اتحلف بالله الذي لا اله الا هو ان النبي قاله ؟ فقال له صاحبه :  
اتحلف بالله الذي لا اله الا هو ان النبي لم يقله ؟ فحلف عمرو .

خصوصية حارة من اصحاب الحديث ان خصوصية في الحالة الاولى  
قد انتهت بانتصار العدالة بينما هي في الحالة الثانية ، قد انتهت  
باقفال باب الاجتهاد الا في مذهب بعض المسلمين <sup>(١)</sup>

## العدالة في الشرائع الوضعية الحديثة

اذا جاز القول بان الحيل الشرعية يجب ان نخفى في عصرنا  
الراهن بمد انقضاء دورها ، فهل يمكن اجراء مثل هذا الحكم  
على العدالة لان الامر يجب ان يستتب للتشريع اي للقانون الوضعي  
دون غيره فية قيد القضاء به لان دور القاضي المشرع ، دور البروتوز  
الزواني ، او المستشار الانجليزي قد انقضى ووجب رعاية  
الحدود الدقيقة بين السلطات ؟ من الخطأ اطلاق جواب واحد  
واعطاء حكم عام فان القاضي يجب ان يكون قاضيا فقط ولكنه  
لا يستطيع في الوقت ذاته ان يقتل « الانسان » الذي في نفسه ،  
وهذا الانسان لا يمكن ان يتخلص تماما من التأثير بالمبادئ الكلية

---

(١) يلاحظ مع ذلك ما سبق الاشارة اليه من وقوف استحداث قواعد  
عدالة جديدة في انجلترا بعد سنة ١٨٤٨ ، وما وجهناه الى هذا القول  
من نقد

المطلقة مبادئ القانون الطبيعي والعدالة التي طبع ذايها . وهو يحاول ما استطاع ان يوفق بين القانون والانصاف ، والقانون نفسه قد يوسع عليه فيرخص له او يأمره بان ياجأ الى قواعد القانون الطبيعي والعدالة اذا لم يجد نصا او وجد نصا غامضا او نصا عاجزا كما يفعل القانون المدني المصري بشطريه الاهلي والمخلط ، بل قد يلى له - في بعض الاحوال - ان يتخذ دور المشرع كما يفعل القانون السويسري الذي يقول ان على القاضي في مثل هذه الاحوال ، اي عدم وجود نص للخ . ان يقضي بما كان يراه لو كان شارعا . وظاهر ان القضاء عندما يستعمل هذه المكنة في حدودها فانه يطبق امر القانون وان كان يقضي بالعدالة في الوقت نفسه ، ولكن هل يستطيع ان يتجاوز هذا فيجمل امر القانون الصريح اذا رآه منافيا للعدل والانصاف ؟ انه يتردد طويلا قبل ان يفعل هذا وهو يمثال للوصول اليه دون ان يصرح بانه يتجاوز القانون ، واذا كان قضاة الموضوع يسرون في هذا الطريق شوطا فان محاكم النقص - في هيئتها على صحة تطبيق القانون وتفسيره - طالما اترضت قضاءهم ونقضت احكامهم لتردها الى حظيرة القانون قبل كل شيء .

والآن لنستعرض بعض الافضية الحديثة المستندة الى مبادي  
العدالة :

(١) نظرية سوء استعمال الحق

الاصل ان الحق مطلق مالم يقيد نص فلا يمكن ان يوجد سوء  
استعماله لان كل استعمال للحق هو حق . ولكن بعض العلماء  
قد قاموا حديثاً يتادون بان الحقوق ليست مطلقة بل هي مقيدة  
بالفرض الاجتماعي الذي قررت من اجله فاذا استعمال صاحب  
الحق حقه في غير هذا الفرض واضر بالغير وجب تضييحه قيمة  
الضرر تطبيقاً لمبادي القانون الطبيعي والعدالة . وقد اصبحت  
هذه النظرية مستقرة في القضاء الفرنسي ، وكذلك القضاء  
المصري بشطريه الذي استأنس في الاخذ بها - زيادة على مبادي  
العدالة - بان القانون المصري قد طبقها في احد نصوصه في مسألة  
معيئة فمنع مالك الحائط التي يعتمد عليها بناء جاره من هدمها  
الا لضرورة شديدة . قضاء المحاكم ان يوجد سوء استعمال للحق  
في صورتين : الاولى الا يكون مؤخذ من المالك من وراء هذا  
الاستعمال منفعة مشروعة سواء اتسوى الاضرار بالغير او لم ينش  
كما لو كان امامه جملة وسائل للاستفادة من ملكه ولكنه اختار

الطريقة التي يترتب عليها ضرر للغير مع وجود طريقة أخرى تمكنه من الاستفادة بغير مضارة أحد، والثانية أن تتوفر في صاحب الحق نية الاضرار . ومن التطبيقات القضائية المصرية في هذا الشأن أن بناء أحد الملاك حائطا في ملكه ارتفاعه خمسة عشر مترا يجب الضوء عن نوافذ جاره هو استعمال غير عادي لحق الملكية لا يقرب عليه ( استئناف محتلط ١٢/١١/١٩٢٩ و ١٩/١١/١٩٢٩ )

وقد كان يظن أن هذه الفكرة ليست الا وليدة الفقه الاوربي الحديث ولكن شابا مصريا هو المرحوم محمد فتحي المحامي وضع رسالة اظهر فيها بجلاء كيف قامت هذه النظرية في الشريعة الاسلامية وقد اكبر استاذة ( لاميير ) عمله كل الاكابر واعلن على هدى ذلك البحث ان النظرية الاسلامية اوسع بكثير من النظرية الاوربية <sup>(١)</sup>

وقد حاول بعض الباحثين من جهة أخرى ان يثبتوا ان للنظرية اصلا في القانون الروماني وتضمن برنامج مؤتمر القوانين المقارن الذي سيعقد في صيف ١٩٣٧ بلاهاي بحثا في هذا الشأن . على ان

---

(١) راجع اقواله في هذا الشأن في الممدد الاول من مجلة القضاء المراقية

هذا لا يمنع تقرير الحقيقة الواقعة وهي ان القضاء الحديث قد  
استثنى هذه الفكرة ان لم يكن قد زعمها لأول مرة .

(٢) البناء بحسب نية على جزء قبل من ارضه الجار :

اذا بنى شخص بناء في ملك الغير فان المادة (٦٥) من القانون  
المدنى المصرى تجبر صاحب الارض المعتدى عليها بان تملك البناء  
باقل قيمة او طلب الازالة . ولكن يحدث احيانا ان يكون الباني  
جاراً لهذا الغير المالك ويكون قد بنى في ملكه ولكنه تجاوز  
ارضه فامتد بناؤه وشغل جزء طفيفاً في ارض جاره . وقد درج  
القضاء المصرى على رفض الازالة في مثل هذه الحالة وما ذلك الا  
لان « القضاء على الباني بازالة ما بناء شديد التأثير وقد يؤدى الى  
هدم كل البناء ولا يصح ان يزال ضرر خفيف بضرر شديد . »  
(محكمة المطارين ...) وقد استقر القضاء الاهلي على هذا وذهبت  
محكمة الاستئناف منذ عهد الاول الى ان تجاوز المالك ارضه الى  
ارض جاره لا يلحقه حكم البناء في ملك الغير بناء كبيراً وبغير وجود  
علاقة الجوار ، واكتفت بالزام الباني بان يعطى لجاره ثمن الجزء  
الذي شغله بنائه (١٢/٥ ١٨٨٨ - الحقوق ٣ ص ٢٤٤) وكذلك  
فعل القضاء المختلط (استئناف مختلط ٨/٤/١٩١٥ - بلتان ص ٢٧  
ص ٢٦٧ - ٥/٢/١٩٢٤) .

وقد يمكن القول بأن هذا القضاء ليس الا تطبيقاً لفكرة سوء استعمال الحق ، الا انه يلاحظ ان الجار المالك لا يجاب الى طلب الازالة . حتى اذا كان طلبه برئياً اي انه لم يقصد الاضرار بالباقي .

(٣) صرية اختيار المحكمة :

اذا نص الطرفان في اتفاقها على ان الدائن ان يختار اى محكمة يشاء لرفع الدعوى امامها ، فلا يقبل منه رغم هذا الاتفاق ان يختار محكمة شديدة البعد عن المدعي وعن المدعي عليه في الوقت نفسه اذ لا يكون المدعي مصلحة مشروعة في هذا الاختيار ويفسر عمله بأنه اراد تدويخ مدينه وتمجيذه عن الدفاع عن نفسه ( محكمة طمحا الاهلية - الجدول العشري لمجلة المحاماة بند ٢٨٣٣ ص ٦٣٤ ) . وهذا ايضاً يمكن رده الى سوء استعمال الحق .

(٤) الانظر الكبيرى للدعوى :

من مبادئ محكمة التقص والابرام المصرية « ان الاجابة على الدعوى بانكارها هي في الاصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به التزام خصمه باثبات مدعاه فان سعى بانكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات . اما اذا اساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتقاضي

في الانكار او بالتغالى فيه او بالتعيل به ابتغاء مضارة خصمه فان هذا الحق يتقلب غيبة تجيز للمحكمة طبقاً للمادة ١١٥ من قانون المرافعات الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو . » <sup>(١)</sup>

وهنا صورة اخرى من صور اساءة استمال الحقوق .

#### ٥ ) الملكية الادبية والفنية والصناعية

لم يضع المشرع المصري بمد نصوصاً تقرر وتنظم هذا النوع من الملكية رغم ان قانون العقوبات قد اعتبر الاعتداء عليها جريمة قلماً لم يصدر القانون الذي كان مفروضاً ومطلوباً صدوره والذي توقعه قانون العقوبات عند ما نص على تلك الجريمة ، اضطرت المحاكم الى تبرئة المتهمين لانه لا عقوبة يدير نص وما دام ان الملكية الفنية لما تنظم فلا يجوز معاقبة منتهكى حرمتها لان هذه الحرمة لم تحدّد بمدّ تحديداً واضحاً <sup>(٢)</sup> . ولكن هذه لم يمنع المحاكم من ان تحمي اصحابها من الوجهة المدنية فقررت حق التعويض ثم زادت فقررت جواز الحجر التحفظي على الاشياء المقلدة رغم ان احوال الحجر التحفظي وارادة في قانون الاجراءات المدنية

---

(١) ٢٦ / ١٠ / ١٩٢٣ - ملحق العدد الاول من السنة الرابعة لجلّة

القانون والاقتصاد ص ٤ (٢) وقد وعدت الحكومة المصرية في خطبة العرش الاخيرة بسد هذا النقص



والتجارية على سبيل الحصر وليس بينها هذه الحالة ثم قررت حق اتلاف تلك الاشياء باعتباره نتيجة لحق الملكية المعتدى عليها<sup>(١)</sup>

#### ٦) المسؤولية السيئة

وهذه أيضاً كنظرية سوء استعمال الحق فكرة حديثة ولكن بعض الباحثين قد فتش عن اصولها او تطبيقاتها عند الرومان وفي الشريعة الاسلامية . وهي تقضى بايجاد مسؤولية على المنتفع من الشيء لا على اساس وقوع تقصير من جانبه اتج اضراً بالغير وانما على اساس مجرد تملكه او انتفاعه من الشيء الذي سبب ذلك الضرر . وقد طبقها القضاء الفرنسي ثم اخذها المشرع الفرنسي

---

(١) ومن الخير ان نقبس هنا بعض ما جاء في احكام ثلاثة في هـ -  
الشأن :

« آ » انه وان كان الشاوع لم ينظم الملكية الادبية والفنية والصناعية ولم يبين حقوق اصحابها ، الا انه قد اعترف لاصحابها بحقوقهم واصبحت هذه الحقوق محل حماية القضاء بما هو مفروض عليه من سد النقص التشريعي تطبيقاً لقواعد العدالة واخذاً بمبادئ القانون الطبيعي » « مصر كلي اهلي

١٠ / ٣ / ١٩٣٤ - محاماة ص ١٦ ص ٧٣٤ »

« ب » ان الآراء الفقهية والاحكام القضائية قد تضافرت واستقرت على جواز الحجز على الاشياء الملمدة ومصادرتها اذ اتلائها باعتبارها نتائج حتمية لاعتراف المشرع بهذا الحق ووسيلة من وسائل التنظيم والضرب على ايدي

أخذاً محدوداً بالنسبة لاصابات العمال في قانون ١٩٣٠ . وقد جرت  
بعض المحاكم المصرية من اهلية ومختلطة على غرار المحاكم الفرنسية  
بينما رفض بعضها السير في هذا الطريق حتى انتهى الامر الى  
محكمة النقض والابرام الاهلية فرفضت النظرية رفضاً صريحاً  
وعرضت لدى ساطة القاضي في تطبيق قواعد العدل والقانون  
الطبيعي وقالت في هذا المعرض ما يأتي :

« وحيث ان الشارع قد فصل جميع احوال المسؤولية المترتبة على  
الافعال وبين صور الالتزامات التي يوجبها القانون ولم يرد في اي البابين  
ما يحمل الانسان مسؤولاً عن مخاطر ملكه التي لا يلا بسبها شيء من  
التقصير فهذا النوع من المسؤولية يرفضه الشارع المصري بتاتا ولا

---

الفاصلين وايقافهم عند حدم . » مصر كلى اهلي ١٥ / ١ / ١٩٣٥ .

« ج » « وحيث ان قواعد العدالة والانصاف تقضي بداهة ان يحجب  
المرء ثمار كده وابتكاره حتى يعوض عليه ما بذله من قوة عقله وبدنه وما  
صرفه من مال وما قطعه من زمن في سبيل الوصول الى اختراعه او اكتشافه  
لذلك وجب ان يحتكر المخترع صنع ما اخترعه وبيعه مدة من الزمن وهذا  
يعود بالفائدة على المخترع وعلى المجتمع ايضاً لأن صون حقوق المخترع يؤدي  
الى تشجيع الغير على الاختراع والابتكار وبذلك يخدم العلم اجل خدمة  
وتؤدي سيطرة الاستنباط الى تسهيل سبل الحياة . » ( مصر كلى اهلي

يجوز للقاضي اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية ان رتبته على اعتبار ان العدل يسيفه، اذا ان هذه المادة لا يمكن الرجوع اليها الا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لاحكام صريحة فيه جامعة مانعة .

وحيث ان الحكم المطعون فيه اذ رتب مسؤولية الحكومة على نظرية مسؤولية مخاطر الملك التي لا تقصر فيها ( المسؤولية الشبثية ) يكون قد انشأ نوعاً من المسؤولية لم يقرره الشارع ولم يردده ويكون اذن قد خالف القانون ويتعين نقضه «<sup>(١)</sup>

واخيراً جداً اخذ المشرع المصري بالنظرية اخذاً محدوداً في قانون اصابات العمل الذي صدر في صيف ١٩٣٦ وقد سبقه المشرع المشرع العراقي في هذا الشأن<sup>(٢)</sup>

#### ٧ - نظرية عدم التوقع Theorie de l'Imprevisibilte

الاصل ان الملزم لا يعفي من اداء التزامه الا ان تعرض قوة القاهرة تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة تامة لامرهما صعباً فقط .

(١) ١٥ / ١١ / ١٩٣٤ - ملحق العدد الثالث من السنة الخامسة لمجلة القانون والاقتصاد ص ٧ وما بعدها - انظر نقداً لهذا الحكم بقلم عبده حسن الزيات في : نسخة القانونية لجمعية الوادي الصادرة بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٣٤ (٢) ويرى من المفيد اقتباس بعض ما جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المصري بياناً للأساس القانوني لحق التعويض :

ولكن مجلس الدولة في فرنسا قد خرج على هذه القاعدة مقررًا ان تغير الظروف يعنى من الالتزام فاذا كان الاتفاق قد عقد قبل الحرب والزم المتعهد بمقتضاه بتوريد كميات الفحم بسعر معين ثم ارتفع السعر ارتفاعاً غير منتظر فليس يجوز ارهاق الملزم بالزامه بتوريد نفس الكميات بنفس السعر اخذاً على الاقل بالشروط الفاسخ الضمني في العقود المأخوذ به في القانون الدولي العام المسمى: *Rebus Sic Stantibus* وقد جارت محكمة الاستئناف

» ان التشريع المصري الحالي لا يخول للعامل المصاب اي تعويض عند اصابته مالم يثبت ان الحادث قد نشأ عن خطأ من جانب صاحب العمل على ان الاحصائيات التي قامت بها بعض دول اوربا ويمكن الاستئناس بها في مصر دلت على ان الحوادث التي من هذا القبيل لاتتعدى عشرين في المائة من مجموع الحوادث . فوق ذلك فقد يكون من المتعذر ، بل من المستحيل ان يقوم العامل بإثبات خطأ صاحب العمل عند اللقاء عبء هذا الاثبات على عاتقه وقد اخذت المحاكم الاهلية والمختلطة تتوسع في تطبيق مواد القانون الخاصة بالمسؤولية توسعاً خرجت به عن حدود النصوص الواردة من هذه المواد وقد ساقها الى ذلك تخفيف الحرج عند العامل واطراد تقديم الصناعة على الوجه الذي نتج عنه ازدياد المخاطر التي يستهدفها العامل ولكن احكامها في هذه المسألة كانت متغايرة وغير مستقرة فبينما كان يرى بعضها ان الخطأ من جانب رب العمل مفروض كان يرى البعض الاخر الاخذ اطلاقاً بنظرية

الاهلية بمصر هذا القضاء، ولكن محكمة النقض، في هذه المرة أيضاً، نقضت حكمها.

ويلاحظ ان المشرع المصري طبق هذه الفكرة تطبيقاتاً تشريعية في حوادث معينة مثل تقرير خصم ٣٠٪ من اجرة الاطيان التي استؤجرت لزرع قطننا عندما هبطت اسعار القطن هبوطاً غير منتظر بحيث يصبح من الارهاق للمستأجر الزامه

مخاطر المهنة التي توجب مسؤولية صاحب العمل لمجرد وقوع الضرر دون التفات الى شرط الخطأ. لذلك كان من الضروري ان يتدخل المشرع لسن قواعد مسؤولية صاحب العمل عن اخطار المهنة وللمنع تضارب احكام المحاكم ذلك التضارب الذي يؤدي الى تعريض العمال لمعاملات مختلفة باختلاف وجهة النظر ونظراً لهذه الاعتبارات خول هذا المشروع حق التعويض لكل عامل يصاب من حوادث العمل دون ان يكلفه باثبات خطأ صاحب العمل او من ينوب عنه.

ونلاحظ على هذا البيان التفسيري انه عند ذكر تناقض احكام المحاكم لم يذكر ان محكمة النقض قد رفضت اطلاقاً نظرية المسؤولية الشئنة:

ونلاحظ ثانياً ان المذكرة قالت ان مشروع القانون يعني بالعمل من اثبات خطأ صاحب العمل او من ينوب عنه. والواقع ان القانون لم يكتف بهذا بل قرر الاخذ بمسؤولية مخاطر المهنة ونتيجة ذلك انه لا يجوز لصاحب المصنع ان يتخلص من المسؤولية ولو اثبت انه لم يرتكب خطأ بل اكثر

بدفع نفس القيمة التي قدرت في المقد على اساس سعر مر رفع  
للقطن .

( ٨ ) تغيير الاسماء :

لا يوجد في مصر قانون ينظم تغيير الاسماء وان كان يوجد نص  
على وسيلة « تصحيحها » وقد حدث ان طلب بعض الاشخاص  
استبدال اسماء جديدة بأسمائهم الاصلية لمصلحة مشروعة يتوخونها  
فرفضت بعض المحاكم الاهلية طلباتهم على اساس ان القانون لم  
ينظم وسيلة لمثل هذا الامر ولكن القضاء عاد بعد هذا الى  
قبول هذه الطلبات عند وجود مبرر لها مع الاحتياط للاستيثاق

---

من ذلك انه لا يتخلص من المسؤولية ولو اثبت ان الحادث كان نتيجة خطأ  
ارتكبه نفس العامل المصاب الا في حالة او سوء سلوك فاحش كناول خمر  
او مخدر - فان كان خطأ العمل دون ذلك ( مخالفة الاوامر الخاصة التي  
يصدرها رئيس العامل : او عدم استعماله وسيلة وقاية يعلم انها موضوعة لضمان  
سلامته ) فانه يحرم من اكثر التعويض لامن جميعه فيعطي ربع المبالغ المقرر  
اصلا .

اما القانون العراقي فقد استقط التعويض كله في هاتين الحالتين وفي حالتين  
اخرين هما تمتد العامل احداث الضرر في جسمه « وعند ما يكون وقت  
حصول الضرر متأثر بتأثير الحز والخذرات » فكان حكم القانونين واحد في  
هاتين الحالتين الاخيرتين

من ان تغيير الاسم لا يعود على الآخرين باي ضرر رغم عدم وجود  
هؤلاء في الدعوى فكان قضاؤه على هذه الصورة مزدوجاً في  
الاخذ بمباديء العدالة كما يتضح من عبارات احد حكامه<sup>(١)</sup>

(٩) تغيير قواعد الرسوم :

تقضي قواعد المرافعات المدنية والتجارية بان مصاريف الدعوى  
يتحملها خاسرها لانه هو المبطل في نظر القضاء فان كان المدعي  
فوايه المصاريف لانه رفع دعوى اتضح بطلانها ، وان كان المدعي  
عليه فعليه المصاريف لانه هو الذي الجأ المدعى الى اقامتها . فان

(١) « قد وضع الشارع الفرنسي قانوناً في ٣١ حزيران سنة ١١ خاصاً  
بتغيير الاسماء لايوجد نظيره في القوانين المصرية ولكن على القاضي واجب  
ان يحكم بمقتضى قواعد العدل في حال عدم النص القانوني طبقاً للمادة ٢٩  
من لائحته ترتيب المحاكم الاهلية .... ان قواعد العدل تقضى بان تصان  
حقوق الغير ايضاً كما تصان حقوق الكافة فيجب على المحكمة ان تتحقق  
من ان تغيير الاسم لا يراد به التحول اسم شخص آخر للاضرار به وكذلك  
يجب ان تأمر بالتأشير على هامش دفتر المواليد ونشر الحكم في الصحف حتى  
يعترض كل من يلحقه ضرر من هذا التغيير . ولا يعترض على هذه الاحكام  
انها غير واردة في القانون لانها احكام توجي بها العدالة وهو حق مستمد  
للقاضي من الشارع الذي يخوله استقرار العدل والانصاف » ( مصر كلى

اهلي - ١٧ / ١٢ / ١٩٣٤ - المحامى ص ١ ع ٣ )

كسب المدعي جزءاً من الدعوى وخسر جزءاً أصابع عليه من المصاريف  
بنسبة ما خسر واخذ من المدعي عليه بنسبة ما ربح

ولكن القضاء قد خالف هذه القاعدة في بعض القضايا فحكم  
بالزام المدعي : عليه بجميع المصروفات رغم انه لم يقض الا بجزء من  
طلبات المدعي اصاب احد المال بغير ساعده وثبت خطأ صاحب  
المصنع وطلب العامل تمويضاً قدره خمسمائة دينار فحكمت له  
المحكمة بتمويض قدره مائة دينار فقط ولكنها الزمت المدعي  
عليه صاحب مصنع بجميع المصروفات لا بما يتناسب مع المائة جنية  
فقط معلنة انها ترى الزام المدعي عليه بجميع مصاريف الدعوى  
لا بالمصاريف المناسبة فقط لان المدعي لم يكن مخطئاً في اعتبار  
المدعي عليه مسؤولاً امامه عن التمويض ولكنه اخطأ التقدير وله  
المعذر في هذا الخطأ لانه قدر لنفسه التمويض وهو تحت مؤثرات  
فعالة خاصة (١)

#### ١٠) مواهب المعارضة

للمحكوم عليه غيائياً في دعوى مدنية حق المعارضة في الحكم  
( الا في احوال مستثناة ) وبطل هذا الحق قائماً حتى ينقضي اربعة  
وعشرون ساعة على علمه بالتنفيذ وهذا التنفيذ لا يجوز من

(١) استئناف القاهرة العليا - ١٠ فبراير ١٩٣٥ - المحام: س ١٦ ا ١١ د:



جانب المحكوم لمصلحه الا بعد ان يقوم باعلان الحكم لخصمه  
وينتضى على ذلك الاعلان مدة معينة ومعنى هذا ان الاعلان  
والتنفيذ امران مختلفان غير متداخلين .

ولكن بعض الاحكام تلزم المحكوم عليه بامور ليس  
مرجع تنفيذها الى من صدر الحكم لمصلحته فيكون من  
المستحيل عليه تماماً ان يقوم بعمل من اعمال التنفيذ ومعنى هذا  
ان يظل حق خصمه في المعارضة قائماً الى الابد وهذه نتيجة  
محزنة وغريبة ولا يمكن ان يكون المشرع قد ارادها ، لذلك  
اعتبر القضاء الاهلى المصري ان اعلان مثل هذه الاحكام يكون  
تنفيذاً لها ويسقط حق المعارضة بمضى اربع وعشرين ساعة بعد  
حصوله ، فقررت محكمة الاسكندرية « ان الاحكام التى يستحيل  
تنفيذها بتوقيع الحجز كالتى تصدر بصحة الامضاء او فى الخطوط  
او بتقديم حساب او الاحكام التى تقضى بنذب خبير لمعاينة اعيان  
والاحالة على التحقيق للاثبات يكفى ان تكون معلنة اعلاناً  
صحيحاً بحيث يمضى بعد الاعلان اربعة وعشرون ساعة وتكون  
المعارضة غير مقبولة كما ان مثل هذه الاحكام الفياضية اذا  
اعلنت فى مدة الستة شهور اعلاناً صحيحاً فلا تسقط <sup>(١)</sup> (وذلك

لان القانون المصري يقضي بسقوط الحكم الغيابي الذي لا يتخذ في ستة اشهر ) واخذت بنفس المبدأ محكمة سمالوط <sup>(١)</sup> وسارت عليه حديثاً <sup>(٢)</sup> محكمة مصر الاهلية وقد قيل في نقد هذا القضاء « انه يسد فراغاً في التشريع والمعذر في ارتضائه قائم وهو انه .ن. مقتضيات الضرورة والضرورة تقدر بقدرها وهو قضاء في غاية السداد الا انه في الحق اضافة الى التشريع بما لا يتحملة نص المادتين ٣٢٩ و ٣٣٠ مرافعات اهلي وبذلك يكون من قبيل التشريع الذي لا تملكه الا السلطة التشريعية » <sup>(٣)</sup>

#### (١) افعال الشرط الجزائي :

سبق ان ألمنا بموقف المحاكم الانجليزية ، بنوعها ، ازاء الشرط الجزائي وقد كان للمحاكم المصرية الحديثة قضاء قريب من قضاء العدالة في هذا الصدد . فقد نصت المادة (١٢٣) من القانون المدني الاهلي على انه « اذا كان مقدار التضمن في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد او في القانون فلا يجوز الحكم باقل منه ولا بأكثر » ولكن الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف القاهرة

---

(١) ١٩٢٥ / ١١ / ٨

(٢) ١٩٣٤ / ١٢ / ٢٢

(٣) تعليق بمجلة المحامي ص ١٢ ص ٣٧٣ و ٣٧٢

الاهلية قد رفضت الحكم بالتعويض المبين في العقد على اساس عدم وقوع ضرر مقررة ان « ايجاب التعويض بغير ضرر ملزم له استلزام بلا سبب وهذا مما ينبذه روح القانون وتأباه العدالة »  
وقد اصدرت حكمها ذلك في مصلحة احد المفاولين ضد الخاصة الملكية ووزارة المالية<sup>(١)</sup>

### القرارات التشريعية

التشريع هو الوسيلة الطبيعية والعادية في المصور الحديثة لتتقيج القواعد القانونية ولكنه لم يكن كذلك في المصور الماضية وقد رأينا ان (مين) يجعل للتشريع الدور الاخير في تعديل القواعد القانونية القديمة . وسنعالج الآن بيان بعض امثلة للقرارات التشريعية المشار اليها في بعض الفرائع ثم تتولى مناقشة هذا الترتيب الذي جزم به المؤلف الانجليزي .

عند الرومان : كانت القرارات التشريعية قابلة في عهد الجمهورية وكان نشاط البروتور كبيراً فكانما كان يكمل بقضائه او  
(١) ١٩٢٦ / ١٢ / ٢ — في الاستئناف رقم ١٣٧٦ سنة ٤١ قضائية ص ع ٦ من مجموعة احكام الدوائر المتجمة — ويلاحظ ان احدي محاكم الاستئناف خرجت بمد ذلك باعوام على هذا المبدأ — قارن المادة ١١١ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية للعراقي فهي تورد نصاً مشابهاً لنص المادة (١٢٣) ولذلك ينتفع في تفسير هذه المادة بالفقه والقضاء المصريين والفرنسيين فيما شابهها .

بقواعده التشريعية التي يضمنها منشوره النقص الذي تنكب  
المشرع عن سده فلما كان عهد الامبراطورية انقلب الامر  
فوقف القانون البروتوري في عهد الامبراطور هادريان او قبله  
على نحو ما رأينا بينما نشط التشريع نشاطا هائلا ولعل الاباطرة  
قد ابوا على البروتور ان ينافسهم في ميدانهم بقواعده التي  
يضمنها منشوراته فكانت تلك النتيجة .

ومن امثلة القوانين التي صدرت في عهد الجمهورية قانون  
Canuleia ( ٤٤٥ ) ق . م . الذي اباح التزاوج بين العامة  
والاشراف وقانون Hortensia ( ٢٨٧ ق . م . ) الذي وحد بين  
الطبقتين توحيداً نهائياً ووضع حدا للصراع بينهما فاعتبر فوق  
ذلك فاتحة لعظمة روما الحقيقية اذ صارت دولة موحدة لا يمزقها  
صراع الطبقات <sup>(١)</sup> ثم قانون Aebutia الذي عدل اجراءات  
الدعوي الثقيلة وخفف من شكلياتها على نحو ما نرونه في  
باب الدعوي باذن الله ، وقانون Plactoria الذي قرر عقاب من  
يخدع شابا مستغلا حداثة سنه ولو كان قد ادرك سن البلوغ  
القانوني

اما التشريعات الامبراطورية فانها تقابلنا بكثرة في دراسة

القانون الروماني وحسبى ان اشير هنا الى امثلة قليلة منها  
القوانين التي قصد بها معالجة مشكله قلة النسل والاغراء بالزواج  
وانجاب الاولاد فقرر بعضها رفع القيود عن المرأة الحرة التي  
تنجب ثلاثة اولاد او المحررة التي تنجب اربعة ، والقوانين التي  
سنت لمصلحة الاسرة تعيد حرية ربها فعزمت الهبة للخليلة  
والزمت رب الاسرة بترك ربع امواله الموروثة ، والقوانين التي  
حاربت جشع الدائنين بابطال شرط تملك الرهينة مثلاً<sup>(١)</sup>  
في القانون الانجليزي :

كانت القرارات التشريعية تادرة ايضاً في العهد القديم للقانون  
الانجليزي واكثر ما كانت تصدر لتنظيم العلاقات ، أو النزاعات  
بين بعض السلطات او بين السلطات والفرد كالمك والاشراف  
او الملك والكنيسة او الملك والاشراف وافراد الشعب فهدنا  
دستور كلارندون الصادر سنة ١١٦٦ يقيّد اختصاص المحاكم  
الكنسية ويمنعها من الفصل في قضايا الاراضي والديون ولو  
كان احد الخصمين من رجال الدين لترند الى اختصاصها الاول  
الضيق المحصور في المسائل الروحية وهذا دستور Magna Charta  
الشهير الذي صدر سنة ١٢١٥ متضمناً اقرار الملك جون بمبادي  
( ١ ) راجع تفصيل هذه القوانين في مذكراتنا عن القانون الروماني

تصون حرية الافراد كعدم القبض عليهم او سجنهم او نفيهم او مصادرة اموالهم الا بحكم يصدر عليهم من اندام Peers ووفقا لقوانين البلاد . واخيراً نشير الى Judicature Act الذي صدر سنة ١٨٧٣ موحداً وموفقاً بين قواعد العدالة وقواعد القانون العام ومغلباً للاولى عند الاختلاف على الاخرى .

على ان تمت تشريعات اخري قصدت الى معالجة غير ذلك من الشؤون ، تمثل لها بقانون الاحتكارات Statute of Monopolies الذي صدر سنة ١٦٢٣ مقررأ بطلان جميع الاحتكارات الموجودة الا ما كان قد منحه او ما قد بمنح ، لاستغلال صناعة جديدة داخل المملكة بشرط ان تكون المنحة للمخترع الاول والحقيقي وان ينقضي الاحتكار بعد واحد وعشرين عاماً .<sup>(١)</sup> وقانون الملاحة الذي قصد به كرمويل حماية الملاحة الانجليزية .

## في الشريعة الاسلامية

اختلطت صفة المشرع بصفة القاضي في عهد الرسول (ص)

(١) راجع كتاب :

The Student's Legal History

تأليف R. S. Deans — ط ع ص ٨٠

وانظر نفس المرجع في غير ذلك من موضوعات تاريخ القانون الانجليزي .

وإني بكر (ر) والعهد الأول من خلافة عمر (ر)<sup>(١)</sup> فالسنة الشريفة لتشريع  
يفسر ويفضل المبادي، الأساسية الواردة في القرآن الكريم بل  
يضيف إليها أحياناً كما كان في توريث الجدة وتحريم الجمع بين المرأة  
وعمتها أو خالتها قياساً على ما ورد في القرآن الكريم من تحريم  
الجمع بين الاختين، وتحريمه من الرضاع كل من تحرم من النسب في  
حين أن القرآن لم يذكر عند التحريم إلا الأمهات من الرضاة  
والاخوات من الرضاة .

كذلك نلاحظ نفس الملاحظة في قضاء الخليفة عمر (ر) فإن  
منعه الصدقات عن المؤلفه قلوبهم ، وفصله في المسألة المشتركة ،  
واقبائه طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلاقات ، وقتله الكثير  
بالواحد ، وتقريره حداً معيناً لشارب الخمر ، وعفوه عن سرقة  
الغامة الجائعين وتفرغه سيدهم ضعفي المسروق وتوزيعه السدس  
بين الجديتين النخ كل ذلك كان قضاء في مسائل معينة بنواتها  
ولكنه قد يعتبر في الوقت نفسه تشريعاً يسار على غراره بل  
قد استؤنس به فعلاً .

---

( ١ ) اقرأ بحثاً للاستاذ عبد الوهاب خلاف عن « السلطات الثلاث  
في الاسلام » في مجلة القانون والاقتصاد العدد الخامس من السنة  
الخامسة ، والعدد الرابع من السنة السادسة .

نقدنا لترتيب مبن :

رأينا ان مبن يقرر ترتيباً تاريخياً تنازلياً لوسائل التطور  
الثلاث على هذا النحو : حيلة فعدالة فتشريع .

ولكننا اذا راجعنا بعض الامثلة المتقدمة رأينا ان هذا  
الترتيب لا يضطرد حتماً فالبروتور الذي يمارس العدالة قد لجأ الى  
الحيلة ليعقق غرضه فافترض ان الاجنبي وطني ، وافترض ان  
مدة التقادم قد اكتملت في الدعوى المسماة Publiciana وكان  
افتراضه حيلة وتصوراً على خلاف الواقع اي ان الحيلة في هذين  
المثالن قد عاصرت العدالة .

ونرى من جهة اخرى ان التشريع قد اقتحم على العدالة دورها  
في عهد الجمهورية وان العدالة عادت تعمل في التشريع وتنشط  
بعده لاقبله فقط ، فهذا قانون Plactoria الذي اريد به حماية  
الشباب من ان تستغل حداثة سنه لتضييع حقوقه ، لم يكتف  
البروتور بما تضمنه من احكام لان القانون اشترط وقوع خداع  
او غش في حين ان مجرد حداثة السن تستحق الحماية لان الحدث قد  
يخدع من غير ان يصدر غش ايجابي من ناحية المتعامل معه الذي  
يقنع باستغلال قلة تجاربه ، فقرر البروتور ان لمن دون  
الخامسة والعشرين الحق في ابطال المعاملة التي شابها الغبن ولو



خلصت من الخلداع .

وفي القانون الانجليزي تقابلنا تشريعات سابقة على دور  
العدالة ، ثم نرى العدالة لا تكف عن العمل بعد سيادة التشريع  
فقد صدر قانون الاقراض سنة ١٩٠٠ محرماً الحكم بمبلغ أقرضه  
مقرض مخرف بغير ان يكون اسمه مسجلاً في سجل المقرضين .  
وقد عرضت على المحكمة قضية من هذا النوع فرفضتها اقراراً  
لحكم القانون ، ولكنها رفضت ايضاً ان تفضي للمقرض  
باسترداد سندات كان اودعها عند المقرضين تأميناً للدين .  
وواضح ان المحكمة في الشطر الثاني من حكمها قد اعملت قواعد  
العدالة ، ولو انها طبقت القانون بحرفه لفضى المنطق الجامد بان  
يجيب طلب استرداد السندات مادام ان القانون قد تجهّم لذلك .  
القرض ورفض الاعتراف به . ومن جهة اخرى نرى ان (بولوك) في  
تعميقه على كتاب (مين) نفسه قد لاحظ ان بعض الافتراضات  
القانونية ما زالت قائمة ومعمولاً بها في القانون الانجليزي .

اما في الشريعة الاسلامية فالنقد اوضح : فالخيلة قد تلت  
دورى العدالة والتشريع في احايين كثيرة والتقت الخيلة بالعدالة  
في احايين اخرى فابو حنيفة زعيم مدرسة الراي قد اثرت عنه

حيل كثيرة .<sup>(١)</sup> وبعض الحيل الفاسدة انما ظهر وترعرع في عهد  
تحليل متأخر ثم ان بعض الافتراضات القانونية ما زال معمولاً به .  
هذا من جهة ، ومن جهة اخرى نرى ان العدالة قد ظهرت  
مصاحبة لقواعد الشريعة منذ مطلعها الاول في الكتاب

---

(١) راجع ما تقدم في باب الحيل الشرعية (لزم الوقف) وانظر امثلة  
اخرى من الحيل المنسوبة الى ابي حنيفة في مقارنة المجلة بالقانون المدني  
لاستاذنا الدكتور السهوري ص ٣٥ وفي ضحى الاسلام ج ٢ ص ١٩١  
و ١٩٢ — وقد استخلص الاستاذ احمد امين من مجموعها « ان الحيل التي  
اقي بها ابو حنيفة ليست من نوع التحايل على ابطال الحق او اكل الاموال  
بالباطل ونحو ذلك ، انما هي استخراج قهبي للخروج من مأزق مع عدم  
التعدي على احد في ماله ونفسه . » ومن امثلتها الظرفية : « يحلف رجل  
وقد رأى امرأته على السلم فيقول أنت طالق ثلاثا ان صعدت وطالق ثلاثا  
ان نزلت فيفتيه ابو حنيفة ان تقف المرأة على السلم ولا تصعد ولا تنزل  
فيحتال جماعة بمحملون السلم بالمرأة فيضونهما على الارض » ولسنا ندري  
ماذا كان يصنع لو كان السلم مثبتاً ؟ « ويسأل رجل فيقول : لى ولد وليس  
لى غيره فان زوجته طلق وان سريره اعتق وقد اعجزت عن هذا فهل لى  
من حيلة ؟ فقال له ابو حنيفة : اشتر الجارية — التي يرضاها هو —  
لنفسك ثم زوجها منه فان طلق رجعت مملوكتك اليك ، وان اعتق  
اعتق مالا بمالك . »

والسنة ، فلما اخذ الخلفاء ، يجتهدون آراءهم كان اجتهادهم قضاء  
وتشريما وعدلا فامتزجت العدالة بالتشريع على النحو الذي بينا .  
ومن هذا كله نرى ان الترتيب الذي اعتمدته ( مين ) والذي  
تابعه فيه غيره من الباحثين يحسن الا يؤخذ مأخذ الجزم وانه  
يحتمل ، او يستوجب ، المراجعة .

## تاريخ القانون الروماني

تاريخ القانون الروماني ، تاريخ طويل حافل ، فقد عبر في  
تطوره وسيره منذ انشاء روما في القرن الثامن قبل الميلاد الى  
سقوط الامبراطورية الشرقية في القرن الخامس عشر بعد الميلاد  
قربونا كثيرة وخضع لمؤثرات مختلفة . واذا كان يقال عادة ان  
تطوره قد اكتمل وتركز في مجاميع جستنيان في القرن  
السادس الميلادي ، فان هذا لا ينفي الحقيقة الثابتة وهي ان القانون  
الروماني قد تأثر في الامبراطورية الغربية بمؤثرات الفتح القوطي  
وانه قد تأثر فيما بعد في الامبراطورية الشرقية بمؤثرات اغريقية  
فكان القانون الروماني البربري Romano Bar barian Law  
والقانون الروماني الاغريقي او البيزنطي Jraeco-Roman Law  
ولطول تلك القرون ، وتعدد المؤثرات ، لم يكن غريباً ان

يختلف الكتاب عند تقسيمهم مراحل تاريخ القانون الروماني  
فاعتمد كل منهم تقسيما تعسفيا لاعتبارات تقوم في خاطره  
فجيرار Jirard مثلا يضع تقسيما رباعيا :

« ا » العصر الملكي ( ٧٥٣ ق. م. - ٥٠٩ ق. م. )

« ب » عصر الجمهورية ( ٥٠٩ ق. م. - ٢٧ ق. م. )

« ج » عصر الامارة Pincipat او العاهلية الدستورية  
( ٢٧ ق. م. - ٢٨٤ ق. م. )

« د » عصر العاهلية المطلقة ( ٢٨٤ ب. م. - ٥٦٥ ب. م. )  
ينما يأخذ ملفيل Melvill بتقسيم رباعي آخر :

« ا » من انشاء روما الى اعلان قانون الالواح الاثني عشر  
( ٧٥٣ ق. م. - ٤٤٩ ق. م. )

« ب » من قانون الالواح الى نهاية الجمهورية ( ٤٤٩ ق. م.  
- ٣١ ق. م. )

« ج » من تأسيس الامبراطورية في عهد اغسطس الى نهاية

حكم الامبراطور جستنيان ( ٣١ ق. م. - ٥٦٥ ب. م. )

« د » تاريخ القانون الروماني في اوربا التالي لسقوط

الامبراطورية الغربية ثم الشرقية . ثم يمسود المؤلف بمد هذا

فيجمل كلام من المرحلتين الوسطيين قسمين ونقطة التقسيم في المرحلة الثانية اخضاع روما لاطاليا الوسطى والجنوبية حوالى منة نصف القرن الثالث قبل الميلاد، وفي المرحلة الثالثة تولى دقلديانوس عرش الامبراطورية سنة ٢٨٤ ب.م فما قبله عهد الامبراطورية العليا، وما ابتداء عهد الامبراطورية السفلى . وسنعمد هذا التقسيم في هذه المذكرات .

## العهد الاول

تغطي المرحلة الاولى ، او العهد الاول وفق التقسيم المختار ، العصر الملكي كله وجزء من العصر الجمهورى يناهز الستين عاماً وانما حددت باعلان قانون الالواح لانه اول مجهود روماني لتدوين القاعدة القانونية العرفية ولان هذه الالواح قد نقلت الرومان من عهد القانون الالهى الى القانون الوضعي ، من الـ *Fas* الى الـ *Jus* ، ثم لانها انتزعت من قساسة الاشراف هذا السر الذي احتكروه وتوارثوه شفاها : فالقاعدة القانونية عليها عندم وحدهم ، وصيغ الدعاوي والفاظها التي لا بد منها احتكار لهم ، بل الاحاطة بالايام التي يصح فيها العمل القانوني

والايام التي لا يصبح فيها وقف عليهم .  
نارت طبقة الشعب Plebe<sup>(١)</sup> على هذا الوضع وطلبت تحديد  
القواعد القانونية واعلانها ليعرف كل ماله ، ما عليه ولتتخلص

---

( ١ ) لا يعرف شيء على وجه التحديد والجزم عن منشأ التفرقة بين  
طبقتي العامة والاشراف Patriciens ولكن الاستاذ فسننزيرو ارانجيو روبر  
يرى في دروس القضاة على طبقة قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بالجامعة  
المصرية ان الارض التي اقيمت روما عليها ( وتاريخ انشائها ٧٥٣ او ٧٥٤  
ق . م ) كان يسكنها منذ القرن العاشر قبل الميلاد على الاقل اقوام من  
اللاتين ثم غزاهم من الشمال الانترسكيون Etrusques وهم بعض سكان  
شبه الجزيرة الايطالية الذين كانوا يعتبرون منذ القرن العاشر قبل الميلاد  
اكثر سكانها عددا ( ولم يهتد الباحثون بعد الى تعيين اصلهم او نظمهم  
لعدم استطاعتهم فهم لغة قروشهم ) . وكان زحف الانترسكيين او غزوتهم  
حوالى ذلك العام الذى يعتبر تاريخا لانشاء روما وقد اكتفى القزاة باخضاع  
السكان الاصليين فلم يطردهم فكان الخاضعون طبقة العامة وكان الفاتحون  
طبقة الاشراف التي استأثرت من دون اولئك ببعض المزايا فكان استثنائها  
سبباً لصراع قرون بين الفريقين لم ينته تماما الا عام ٢٨٧ ق . م حين صدر  
تشرىع Hortensia مقررأ نريان القوانين التي تصدرها جمعية العامة  
على الطبقتين جميعاً ومع ذلك فقد نجد النزاع في اواخر الجمهورية بسبب  
قانون توزيع الاراضي كاسرى .

من استغلال كهنة الاشراف هذا الاحتكار ضدها واقترحت  
تأليف لجنة لتعد ثبتي معين مسائل القانون تعيينا واضحا  
فقاوم الاشراف هذا الاقتراح مقاومة شديدة ورفض مجلس  
الشيوخ اقراره فاستمر نضال العامة اعواما ظفرت بعدها بتحقيق  
بنيتها فالفت لجنة الرجال العشرة سنة ٤٥١ ق. م وعهد اليها بوضع  
القانون فوضعت في اثنتي عشر لوحا من البرونز نشر منها عشرة  
سنة ٤٥٠ ق. م واثنان سنة ٤٤٩ ق. م. ولان شكوى العامة  
كانت مبنية على عدم تحديد القواعد القانونية وما في بعضها من  
ارهاق ذهب بعض المؤلفين الى ان الالواح لم تتضمن القواعد التي  
لم يثر حولها اى خلاف اوربية ولم يوجه ضدها انتقاد او شكوى  
فظلت جزء من القانون غير مكتوب ولكنه معتبر ومعمول  
به الى جانب قواعد الالواح.<sup>(١)</sup>

(١) يقرر الاستاذ (ملفيل) انه اصبح من الثابت تقريبا ان القسم  
الاكظم من قواعد قانون الالواح يرجع الى اصل روماني وان العنصر  
الاجنبي فيها تافه الكمية ، وينفي ماذهب اليه بعض المؤرخين قبل حين  
عزوا قانون الالواح الى مصادر اجنبية وقالوا بايفاد بعثة الى اليونان  
لجمع اصوله ( ص ٩ وقد اشار في الحاشية رقم ٥ الى المؤلفين موبل  
ومير هذ وفويت وكوك )

وأنا لرى من الملائم ، ان تقدم لعرض هذه المراحل ، بموجب تاريخ الرومان منظوراً اليه من جهة الانظمة التي تداولتهم .

عهد الملكية : خضعت روما منذ انشائها الى سنة ٥٠٩ او ٥١٠ لتنظيم الملكي تولى العرش خلاله سبعة ملوك اربعتهم الاولون من اللاتين وبقيتهم من الاترسكيين الفاتحين ، وليس يعرف

= راجع ماتقدم اقتباسه عن ( ريفيو ) الذي صرح بان ما في قانون الالواح من قواعد قانونية بمعنى الكلمة يعود الى اصل مصري ، وما ذكر عن ( شيرمان ) وقارن ما قاله الاستاذ على بدوي ( مذكرات في التاريخ العام للقانون سنة ١٩٢٩ ص ٤٣ ) :

« ومن المجمع عليه ان القانون الروماني القديم استمد كثيراً من مبادئه من القواعد اليونانية التي كانت مهذبة من زمن سابق ، وان لجنة العشرة التي وضعت قانون الالواح الاثني عشر استعانت في اداء مهمتها بالقوانين اليونانية وان لم يكن من اثينا ذاتها فمن الاقاليم اليونانية في جنوب ايطاليا في ذلك العهد » .

— راجع قانون جورابي ووازن بين بعض احكامه ( مثل المادة ١٦٧ الخاصة بالدولة ) واحكام القانون الروماني ( انظر ترجمة كاملة لمواد قانون جورابي نشرناها في العدد الخامس من السنة الثانية لمجلة القضاء العراقية ) — وانظر الى ماورد في كتاب الدكتور محمد بك صادق فهمي ( شرح القانون المدني ) بياناً لبعض الاحكام القانونية الفرعونية في مجموعتي بوخورس وامايزس ووازن بعض هذه الاحكام مثل الصنك وما يشابهها من القواعد الرومانية مثل العقد الشفوي ( ص ١٢٤ )



شيء على سبيل اليقين عن عهد الملوك اللاتين اما خلفاؤهم فلم يأخذوا بالمسكية المطلقة وانما كان نظام المدينة في عهدهم شبيها بنظام المدن اليونانية ففيها مجلس شيوخ يتألف من نخبة الارسك ، وفيها جمعية للشعب وقد قيل ان هذه الجمعية هي التي كانت تختار الملك ولكن بعض العلماء لا يجد سناداً لاثبات هذا الزعم او نفيه .

وقد انقلب نظام الحكم في مطلع القرن السادس قبل الميلاد وعزى هذا الانقلاب الى ثورة نشبت عام ٥١٠ ق . م اسفرت عن طرد الملك ولكن هذه الثورة لم تثبت تاريخياً فعزى بعض الباحثين تغيير نظام الحكم الى تطور طبيعي مشابه للتطور الذي شهدته المدن اليونانية القديمة حين ضعفت شوكة الملوك فتخلص سلطانهم حتى اصبح محصوراً في شؤون الدين مستعين بان الرومان في عهد الجمهورية قد عرفوا وظيفة تسمى وظيفة Rex Sacrerum اي « ملك » التفاديس مرجعين ان يكون ملك التفاديس هذا هو ماتبقى للملوك من سلطان الملك السابق . عهد الجمهورية : ولكن الى من انتقل الحكم بعد زوال النظام الملكي ؟ يقرر الاستاذ روين ان المؤرخين ذهبوا الى ان النظام

الفنصلي خلف النظام الملكي مباشرة فكانت جمعية الشعب  
تنتخب كل عام قنصلين لإدارة شئون الحرب والسلام يكون  
لكل منهما نفس السلطة المخولة لزميله وإن نظام القنصلية وقف  
الحصل به مؤقتاً حين تولت لجنة الرجال العشر السلطة لتتمكن  
من تحضير قانون الألواح ثم اسقط أعضاؤها ولكن نظام  
القنصلية تعطل مرة ثانية نحو ثمانين عاماً بسبب الصراع بين  
الطبقتين : الشعب والأشراف، فقام بالأمر خلال ذلك رؤساء  
فرق الجيش حتى تصالح الطرفان على أن يكون أحد القنصلين  
من الشعب ، وما كان هذا ليمنع نزع السلطة منها ووضعها في يد  
« دكتاتور » مطلق يعني لمدة ستة أشهر وقت الأزمات  
السياسية أو الحربية .

وبعد أن يلخص الاستاذ رويز رأى المؤرخين على النحو  
المتقدم يأخذ في تفنيده ويرجح أن نظام الدكتاتورية هو الذي  
خلف الملكية لا نظام القنصلين مستنداً إلى أدلة منها أن  
الجيش الروماني كان يتألف في القرن الخامس قبل الميلاد من  
فرقة واحدة ، وهذه الوحدة يناسبها نظام الحاكم الفرد لا نظام  
القنصلين ، وهذا الدكتاتور كان ينتخبه الجيش ليتولى قيادته

ويتجدد الانتخاب لكل غزوة ومدة الفوز ما كانت لتتجاوز نصف العام في مثل تلك المهود ومن هنا كان تحديد مدة الدكتاتورية مدة ستة اشهر . ويستمر الاستاذ في عرض رأيه فيقول ان نفخة من نفحات الديمقراطية هبت في القرن الخامس قبل الميلاد على الرومان فجعلتهم ينقلون سلطان الدكتاتور الفذ الي رؤساء فصائل الجيش Tribuns Militaires وكان عددهم اول الامر ثلاثة ثم صار ستة . ولما ادخل على الجيش اصلاح بجمله مكوناً من فرقتين رئيسيتين اقاموا لكل فرقة رئيساً كان يسمى Praetore اي الاول او المقدم كما كان يسمى قاضياً Judex نظراً لتولي سلطة القضاء في الوقت نفسه و Consul نظراً لانهما كانا يتشاوران قبل اصدار القرارات ثم رؤي ان يستقل ثالث بالقضاء لان الجمع بينه وبين رئاسة الجيش متعذر فاصبح القناصل ثلاثة واصبح والي القضاء فيهم يسمى البروتور Preteur Urbain ثم استحدثت وظيفة بروتور الاجانب حوالي منتصف القرن الثالث قبل الميلاد Preteur Peregrin . هذا الى وظائف اخرى مثل وظيفة المحصى Censeur ووظيفة المحتسب Aediles الذي كان يضطام بمراقبة الشئون

الصحية والالعب العامة والاحتياط ضد الحريق والاشراف على معاملات الاسواق النخ وكل هؤلاء يسمون Magistrats وكانت جمعية الشعب هي التي تتولى انتخابهم ولم يكن من الجائز اول الامر ان يتولى مناصبهم افراد العامة ولكن هذا الاحتكار زال زوالا تاما تحت تأثير المقاومة القوية من طبقة العوام . ( انظر ما سيبي خاصة بريبون الشعب - الحاشية القادمة )

وكان لجمعية الشعب فوق هذه الوظيفة الانتخابية ، وظيفة اخرى تشريعية فهي التي تقر او ترفض لوائح القانون المعروضة عليها من الفناصل ولم يكن لها حق اقتراح القوانين Droit d'initiative ولا حق لها في تعديل المشروعات المعروضة بل كل ما لها ان تقبلها كما هي او ترفضها .

وكان اسم تلك الجمعيات العامة من حيث التشريع الـ Comitia Centuriata التي تجمع بين الرومان بطبقتهم والـ Concilium Plebis وهي جمعية طبقة العامة فقط ثم اتفقت الاهمية للتشريعية من الهيئة الاولى الى جمعية اخرى تؤلف بين الرومان جميعا اسمها Comitia Tributa وكان لابد من مصادقة مجلس الشيوخ على قراراتها حتى تكسب قوة القانون الملزم ولكن هذه المصادقة اصبحت منذ عام ٣٣٩ ق . م مجرد اجراء

شكلى حتى لقد كانت تحصل مقدماً قبل اتخاذ القرار  
 اما الـ C. bledis فقد كانت جمعية قاصرة على طبقة العامة  
 وكانت قراراتها المسماة Plebiscita لا تسري على طبقة الاشراف  
 لانهم لم يساهموا في اصدارها ثم تقرر (٤٤٩ ق. م) - وهو  
 تاريخ قانون الالواح الذي كانت نتيجة لتذمر طبقة العامة كما  
 رأينا - ان تسري على الاشراف سرياناً على الشعب بشرط  
 مصادقة مجلس الشيوخ وجمعية الـ Centuriata التي تجمع بين  
 الطبقتين، ثم كانت خطوة اخرى (٣٢٩ ق. م) فاستغنى عن  
 مصادقة هذه الجمعية، ثم خطوة ثالثة (قانون هورتنسيا ٢٨٧  
 ق. م) فاستغنى عن مصادقة للشيوخ وصارت قرارات مجلس  
 العامة قانوناً عاماً ملزماً للرومان بغير توقف على مصادقة هيئة  
 اخرى. <sup>(١)</sup> ومع ذلك فان هذه الطبقة لم تهدأ تأثيرها وسدري

---

(١) ملفيل ص ٢٠ - ٢٣ وكان مجلس طبقة الشعب يجتمع بدعوة  
 من (تربيون الشعب) وقد كان اول امره احد زعماء تلتخبهم تلك  
 الطائفة في اجتماعاتها لترؤسها قبل ان يعترف بحقوقها فيم اللجنة  
 التنفيذية الجماعة ثورية جعلت نفسها دولة داخل الدولة ولم يكن يعترف  
 بهم بداهة بادي الرأي ولكن انتصار طبقة العامة وتصلحها مع طبقة  
 الاشراف جعل مركزهم شرعياً فكان التربيون احد (ماجسترا) الدولة

نزاعاً جديداً ينشب بينها وبين النبلاء ويمهد ، بين عوامل أخرى ،  
لتغيير نظام الحكم .

اما مجلس الشيوخ فقد كان في العهد الملكي « مجلساً للملك »  
وفي العهد الجمهوري الاول « مجلساً للماجسترا » اي ان رأيه كان  
استشارياً بحيث لا يمنع رؤساء الدولة من العمل على خلافه ولذلك  
سميت قراراته Senatus - Consulta ، وكان مغلقاً في وجه  
طبقة العامة فلما ايجت لهم وظائف الـ Mrgistrat ايجت لهم  
كراسي الشيوخ بحكم القانون بعد اذ صارت عضوية الشيوخ حقاً  
لكل من سبق توليه احدى تلك الوظائف

وقد تقوى مركز المجلس في العهد الثاني من الجمهورية كفتيجة  
طبيعية لاتساع الدولة ذلك انه كان بحكم كفاية اعضائه وطول  
زمان العضوية <sup>(١)</sup> اسلم من جمعية الشعب تقدراً للظروف الخطيرة

---

وبعد ان كان همه رعاية مصلحة طبقته صار موكلاً برعاية الدستور ضد  
سوء استعمال السلطة حتي لقد استعان به مجلس الشيوخ لصدد طغيان بعض  
القناصل (مذكرات رويز) - راجع ما سيجي\* خاصاً بنظام اغسطس فقد  
اقام نفسه (تريبونا) له حق الاعتراض على اي قرار يصدره اي  
(ماجسترا) وقارن السلطتين .

(١) لم يكن الاعضاء يتغيرون الا تغيراً جزئياً : كل عام نحو ثلاثين

واسد حكماً فيما يجب ان يكون من نحو اعلان حرب وما اشبه ذلك ، كما كان اقدر من القناصل المحدودي المدة على ترتيب سياسة عامة ثابتة تقدر وتنفذ باتاة واطراد ، فصار القناصل لا يعلنون الحرب قبل اخذ رأيهم ، وصار يستقبل السفراء الاجانب ويحجب على عروض الدول الاجنبية ويمتنع المبالغ التي تنفق لفواد الجيوش خلال الحروب ويرسل مبعوثين الى ميادينها لمراقبة العمليات العسكرية ، وصار له ان يقرر امتداد خدمة قنصل لعام آخر فيعطل بهذا قرار جمعية الشعب التي انتخبت قنصلاً جديداً<sup>(١)</sup>

ويلاحظ ان هذه السلطات الخطيرة الواسعة الصق بالسياسة العامة للدولة منها بالتشريع ، فان قراراته Senatus - consulta لم تحز قوة القانون الا في عهد الامبراطورية الاول<sup>(٢)</sup> حتى اذا كان عهد دقلديانوس وتركزت سلطات الدولة في شخصه زالت سلطة المجلس التشريعية بل زال وجوده كمجلس شيوخ وتدهور الى شيء اشبه بمجلس بلدي .

---

( ١ ) مذكرات الاستاذ روبرت السابق الاشارة اليها

( ٢ ) ملفيل ص ٢٠ و ٢٣

العهود الامبراطورية : لم يكن نصالح الطبقتين كافياً لتخليص  
الرومان من الازمات السياسية فانهم اخذوا يحسبون بازمانات  
شديدة في نظمهم بعد ان خرجوا من اخطر حروبهم سادة  
للبحر الابيض المتوسط حوالى منتصف القرن الثانى قبل  
الميلاد واتخذت الازمة صبغة اقتصادية فان النبلاء تملكوا  
اكثر الاراضى واستخدموا الرقيق الذي جلبوه من الخارج في  
استغلالها فزاحم افراد الشعب حتى على هذه الوسيلة المهيمنة  
للمعيش : خدمة النبلاء . واتاحت التجارة لاقلية من التجار فرصة  
تكديس الثروة ، فزاد هذا سائر الشعب شعوراً بالفقر واحساساً  
بفوارق الطبقات وظهر هذا الاحساس ظهوراً عملياً عندما  
اقترح تيبير ( تريبون الشعب ) نزع الاراضى العامة التي وضع  
النبلاء ايديهم عليها بغير حق وتوزيعها بين الفقراء مع تحريم  
التصرف فيها عليهم واقترت جمعية العامة هذا القانون بعد ان  
حاول بعض زعمائهم الذين - بخرم النبلاء والشيوخ معارضة  
الاقتراح ففشلوا ولكن هذه المعارضة لم تمنع من غير احداث  
فتن داخلية قتل فيها ( تيبير ) ثم من خلفه على دعوته ( كايوس  
جراشوس ) . فكان الجو مهيئاً لرجل قدير طموح يستولى على



السلطان ، فلما وجد أكثر من رجل من هذا القبيل كان النزاع  
الحار بين رؤساء الجيش الذين أصبح جنودهم يقصدونهم أكثر  
مما يقصدون الجمهورية فاستهان أولئك القادة بالقوانين واستطاع  
(ماريوس) الذي صد غارة الغالين أن يكون قنصلا سبع مرات  
رغم تحريم القانون واستطاع (سيللا) ، وقد عاد من انتصاره  
على ملكت بونت أن يدخل روما ويقم فيها دكتاتورية فعلية مدى  
عامين ، ثم أراد أن يحتاط لمنع غيره من أن يفعل فعله فمدل  
الدستور وجعله بحيث يمنع رئيساً واحداً من الجمع بين السلطة  
في الجيش والسلطة على المدينة وبحيث يوجب تسريح الجيوش  
بعد انتهاء الحرب قبل دخولها روما . وجاء دور (بومبي)  
و (يوليوس قيصر) اللذين تبينا تماماً أن هيئات الدولة الدستورية  
لم تعد الا آلات وصوراً وان القوة الفعلية للجيش ولكنها  
اختلفا فيما بينهما وشهر الاول في وجه الثاني تشريع (سيللا) لينمعه  
من دخول روما بجيشه المنتصر فنشبت الحرب الاهلية وقتل  
بومبي ، ثم تأمر انصار الجمهورية بزعماء بروتنس وقتلوا قيصر  
قبل ان يقلب نظام الدولة ولكنهم لم يقتلوا الفكرة التي تمثلت  
في شخصه . وعهد بالسلطان الى ثلاثة هم مارك انطوان

واوكتافىوس ولييدوس ليشأروا لقيصر وليعيدوا للنظام وقد ثأروا من الثأمرين ومرعوم في (فلي) ثم اختلف ملك انطوان مع اوكتافىوس وكانت بينهما موقعة اكتوبر سنة ٣١ ق م التي انهزم فيها الاول فدخل اوكتافىوس روما دخول المنتصر وكان ذلك بدء عهد جديدهو عهد الامبراطورية او عهد الامارة Principat . ولقد حرص اوكتافىوس او « اغسطس » كما سماه مجلس الشيوخ ، على الاحتفاظ بجميع انظمة ومظاهر العهد الجمهوري فالجيميات الشعبية تدعى للاجتماع ويعرض اغسطس بعض القوانين عليها ، والماجسترا قائمون ومجلس الشيوخ يعمل بل يتمتع بسلطة تشريعية لم تكن له في العهد الجمهوري . ولكن وراء هذا كله شخصية رجل واحد هو الاول ، هو الامير Princeps واذا كاتب قد تسمى باسم (الامبراطور) فقد كان هذا اللفظ معروفا في العهد الجمهوري نفسه يطلق على القائد المظفر . استبقى اغسطس انظمة الجمهورية واشكالها كما رأينا ولكنه استحدث امورا جديدة توطلدله السلطان ويجعل الزمام الاخير للدولة في يده وعمد الى نظام (التريونية)

المعروف في الجمهورية فاستبقى سلطانه لنفسه ولكنه لم يجعل نفسه تريبونا لطبقة الشعب خاصة وانما صاحب حق اعتراض Veto على كل قرار يصدر من اي (ماجسترا)، وحتى اشراف على اعمال حكام الاقاليم، ونظر بنفسه، او عهد الى غيره بنظر بعض قضايا مع استبقاء سلطة توجيه القضاء على وجه المعلوم للبرتور، ووجد الـ Edile من ولاية الاشراف على الملاعب العامة لانها بطبيعتها تجعل متوليها قريبا من نفوس الجماهير. واما من ذلك انه جعل الى جانب (ماجسترا) الجمهورية - اي اولئك الموظفين الكبار المنتخبين وفقا لنفس النظام الذي كان متبعاً في العهد الجمهوري - موظفين آخرين كباراً ينتسبون اليه هو ويقللون اختصاص اولئك شيئاً فشيئاً.<sup>(١)</sup>

وقد نجح اغسطس وشمر الناس، لا بأن نظمهم الجمهورية ما زالت قائمة فقط، بل بالسلام والرخاء المادي ايضاً ورأوا ان تدخل الامبراطور واشرافه على حكام الاقاليم خاصة قد

---

(١) بالنسبة لولاية القضاء لا يظن انه استحدث بروتورية جديدة ولكنه وصل الى نفس الغرض عن طريق نظره شخصياً او بوساطة من ينتدبهم بعض القضاء اما بهيئة استثنائية واما بهيئة اصلية (راجع ما تقدم في المتن)

حال بين هؤلاء وبين ما درجوا عليه في العهد السابق من الاستغلال المرهق للشعب ، وتوسع اوغسطس في منح حق الوطنية الرومانية فقرب بين العاصمة وولاياتها التي كانت تحس بالمرارة من موقفها الشاذ : فلا هي مستقلة ولا هي رومانية لاهلها حقوق الرومان .

ولا شك ان نظام الامارة هذا قد يظهر لنا منطويا على بعض التناقض والغرابة ، وفي هذا يقول الاستاذ روبرت ان من خواص العقلية الرومانية في التجديد والتعديل ان ترك القديم على قدمه بغير الغاء صريح ولكنها تستحدث الى جانبه ما يروقها من النظم الجديدة : كان هذا شأنهم في القانون الخاص الذي ظلت قواعده العتيقة قائمة حتى القرن الثالث بعد الميلاد مع العمل بقواعد غيرها توافق التطور وتبرأ من عيوب الاولى ، وكان هذا شأن روم اوغسطس في نظامه المبتكر .<sup>(١)</sup>

ولما مات اوغسطس تقدم مجلس الشيوخ الى متبناه ( تيبير ) في ان يخلفه ويكون له نفس سطوته رغم ان اوغسطس لم يفعل شيئا في هذا الشأن بل ترك نظمهم الجمهورية قائمة كما هي ولم

---

( ١ ) المحاضرات السابق تنويعها .

يستحدث نظام توارث السلطة . وقد قبل ( تيبير ) بعد تردد كثير وظل الامر ينتقل من امبراطور الى امبراطور بدعوة من مجلس الشيوخ او بارادة من الجيش فان حدث تنازع فالامر لمن غلب .

## الامبراطورية السفلى

اخذت النظم الجمهورية تنزعزع حتى في اشكالها وتلفت ضربة صريحة في عهد ( سبتيم الشديد ) واسرته ( ١٩٣ - ٢٣٥ ) ب . م فانزعج من مجلس الشيوخ سلطة التشريع التي تتمتع بها في عهد الامارة او الامبراطورية الاولى . وقويت ادعاءات الجيوش وازداد تمسكها بحقها في تعيين الامبراطور واختلفت فيما بينها فليجيش الدانوب مرشح وليجيش الراين آخر وليجيش الشرق ثالث ، فكانت الحروب الاهلية وكان اشتداد الازمة الاقتصادية ، ثم استقر الامر لدكتاتور اقامه جيش الدانوب هو « دقلديانوس » فقلب الامر قلباً صريحاً وخطا الخطوة التي تكب عنها اوغسطس فسفر بنظامه الجديد نظام الملكية او الامبراطورية المطلقة

شكلا وفلا تمثل الدولة في شخص حاكم فرد هو الامبراطور وتولى سلطان (الماجسترا) موظفون يمينهم ويعملون باسمه بغير استقلال ، حتى وظيفة البروتور القضائية تقلصت فاصبحت قاصرة على روما ، اما فيما جاوزها فامر القضاء الى موظف كان في الاصل رئيس الحرس الامبراطوري ، يمثل الامبراطور ويقضي باسمه <sup>(١)</sup> وكان يحتج عن شعبه فان خرج اليه في مناسبات قليلة فبين مراسيم وتقاليد وحاشية فهو ليس ملكا فحسب ولكنه الى ذلك رب ، وفي ذلك العهد الوثني لاتنبو فكرة الملك الاله عن نفوس الناس . ويظهر ان ذلك قد اثار تأثر بالانظمة والمقائد الفرعونية لا في مسلكه ازاء شعبه فقط ولكن في تقرير نظام الدولة الاقتصادي ايضا فقد اقام نظام اشتراكية الدولة فجاء شبيهاً بالنظام الفرعوني الذي شهدته مصر في عهد امبراطوريتها الوسطى فتدخل في نشاط الافراد واخضعه لرقابته واحكامه وقرر نظام توارث الحرف فابن الخباز يجب على ان يكون خبازا حتي تضمن الدولة العدد الكافي من صانعي الخبز وحدد اسما را رسمية لكل شيء حتى اتعاب الحاميين والاطباء

(١) روبرت - مذكرات . - انظر في ذلك ملفيل ص ١١ و ١٢ وما اقتبسه عن Gibbon و Sohm في هذا العهد .

واجور المال . واصبحت الثروة نكبة على اصحابها ذلك ان دقلديانوس قد هجر نظام اشتراكية الدولة في نقطة واحدة فارتد الى نظام الزمة في تحصيل الضرائب بمد ان اخذ ( اوغسطس ) بنظام التحصيل المباشر ، على أن التمعن يظهر لنا ان دقلديانوس انما لجأ الى تلك الخطوة سعياً وراء مصلحة الدولة لا مصلحة المتزمين فجعل إجباية الاموال العامة وظيفة مجانية تفرض عند اللزوم على الاغنياء فرضاً فان لم يجبوا من الممولين الكمية المطلوبة الزموا بتكملة النقص من مالهم الى بلدة اخرى الا أن يقيم ولده مقامه ويزوده بالنال الكافي <sup>(١)</sup> وذاع نظام رقيق الارض الذي يربط الانسان الى أرض معينة لا يفادرها <sup>(٢)</sup> .

ومن التعديلات السياسية الهامة التي أحدثها دقلديانوس انه قرر نظام الامبراطورين فاستبقى لنفسه حكم الامبراطورية الشرقية وولى ماكسمليان حكم الامبراطورية الغربية وأراد أن

---

(١) راجع مذكراتنا في القانون الروماني ( ص ٤٧ )

(٢) يرى الاستاذ روين ان هذا النظام نتيجة لتطور طويل وان

اصله الاول يعود الى نظام الزمة الاجبارية للأراضي العامة — راجع

مذكراتنا في القانون الروماني ص ٢١-٢٥

يجنب الدولة ما تتعرض له بسبب وجود العرش شاغراً عند وفاة  
الامبراطور فقرر أن يختار كل من الامبراطورين «قيصر»  
يخلفه لا عند الوفاة وإنما بعد بلوغ الامبراطور سنًا معينة يعتزل  
الحكم بحلولها وقد اختار «قنصله» ولكن خلفاءه لم يأخذوا  
أنفسهم بهذا النظام فعادت الفوضى من جديد وقامت حرب  
أهلية أشد هولاً مما سبقها انتهت بتقلد قسطنطين العرش وكان  
أول الاباطرة المسيحيين ، فلما مات توزع أولاده الثلاثة الحكم  
فشهدت الدولة أباطرة ثلاثة في وقت واحد الا ان النظام الثنائي  
عاد فاستقر فامبراطور في الشرق وآخر في الغرب لدولة موحدة  
نظوياً يقسم عرشها رجلان كما اقتسم السلطة العليا في العهد  
الماضي فتصلان حتى سقطت الامبراطورية الغربية (٤٧٦ م.)  
ومع ذلك فان الامبراطور البربري تيودوريك ارسل الى (لينون)  
امبراطور الدولة الغربية رسالة ان يعتبر عامله على دولة الغرب  
واعتبر «جستنيان» ان قوانينه يجب ان تسري في الغرب سرياتها  
في الشرق بوصفه امبراطوراً للاثنتين جميعاً . وأخيراً سقطت  
الامبراطورية الشرقية باستيلاء العثمانيين على بيزنطة عام ١٤٥٣ .  
ولقد تميز عهد الامبراطورية السفلى بحادث تاريخي خطير هو



### البرائة المسيحية وتأثيرها على القانون

اعتنقت الدولة الرومانية ذلك الدين الجديد، بعد أن قاومته مقاومة عنيفة ، كان من ضحاياه « شهداء » الاقباط في مصر الذين ارحلوا عامهم بذلك الاستشهاد فهم اليوم في سنة ١٦٥٣ . هذا « المسيح » من علامات الامبراطورية السفلى وبميزاتها، فلا يعبر تاريخ القانون الروماني في ذلك العهد بغير اشارة اليه والى تأثيره في القانون

ولو راجعتم مذكراتكم في القانون الروماني لتقابلتم هنا وهناك اشارة لذلك التأثير وامثلة تبينه فلا جمع طائفة منها نيسر الامر لكم .

ففى الاموال الشخصية : ساهمت المسيحية في تحسين حال الرقيق والرفق به ، ولسكن نظام رقيق الارض زرع في ظلالها، وخاصمت الطلاق ولسكنها نالت منه دون ان تستطيع القضاء عليه لشدة تأصله في نفوس الرومان ، وجعلت العدة على المطلقة ولم تسكن تلزم قبلها الا من توفي عنها زوجها ، وادخلت نظام تصحيح البنوة غير الشرعية رافة بالولد وخضاً للوالدين الضالين على مراجعة الصواب ، وحرمت الزواج على بعض رجال الدين ، وببب المسيحيين

والموسويين ، ولم تجز زواج الرجل من ارملة اخيه وزواج المرأة من اخ زوجها المتوفى ، ورخصت للمرأة ان تتبنى غيرها تعزية لها عما قاتها . ولم تقر الهبة للخليلة ولا للطفل غير الشرعي الذي لم تصح بنوته ، والفت قوازين محاربة العزوبة التي كانت تجيز احياناً مصادرة اموال الاعزب

وفي الاموال العينية : ابطلت المسيحية شرط تملك الدائن المرتهن للعين المرهونة عند عدم الوفاء في الموعد انصافاً للمدين المضطر ، وجعلت الدين سبباً لفسخ العقد او تكملة الثمن الى المثل ، اذا كان المذخور هو البذخ وكان المبيع عقاراً وكانت نسبة الدين فوق النصف <sup>(١)</sup> . ولكم ان تعتبروا الفناء قوازين العزوبة ونحریم الهبة للخليلة والولد غير الشرعي بين الامثلة

(١) من الابحاث التي سيعالجها مؤتمر القانون المقارن الذي تقرر عقده بلاهاي في آب سنة ١٩٣٧ بحث في الاصل التاريخي والمقارن لمبدأ الثمن العادل ونظرية الفين الفاش .

ويلاحظ ان جستنيان نسب تقرير هذه القاعدة التي ما قبل المسيحية اي الى دقلد يانوس ولكن الاستاذين كولينه وجيفار قد رفضا التسليم بهذا مؤكداً ان المسيحية هي التي وضعت هذه القاعدة (راجع مذكراتنا في القانون الروماني باب الالتزامات عقد البيع)

الخاصة بالاحوال العينية لتعلق الامر بالاموال وطرق كسب الملكية  
المحاكم الكنسية : ثم ان للسيحية اثرًا قانونيًا آخر ذلك هو  
استحداث هيئة قضائية جديدة هي المحاكم الكنسية التي سنزيد  
امرها ايضاحًا عند العرض لتاريخ القانون الانجليزي  
بعد هذا الايجاز لتاريخ النظم الرومانية منظورًا اليها بهين  
القانون العام نمود الى معالجة ادوار تطور القانون الروماني الخاص  
مهمين تكرر ماورد ذكره في الفصل السابق .

بجميع مستقبله : يقع عهد جستنيان في القسم الثالث ويختتمه  
فقد تولى الحكم من ٥٢٧-٥٦٥ ب. م وقد نهض بمهمة عظيمة  
خلدت اسمه فقد امر فجمعت كافة القوانين المعمول بها في  
الامبراطورية على اختلاف مصادرها واختلاف المناطق المطبقة  
بها والى لجنة برئاسة Tribonian<sup>(١)</sup> اخذت تنظر في تلك  
الكتلة الهائلة من القوانين وترفع ما بينها من تناقض ثم رفعت  
ما استعملته الى جستنيان قصده واصدره معلنا انه القانون

---

(١) قارب عمل نابليون واللجنة التي شكلها لوضع القوانين الهامة

الملزم دون غيره . هذه المجموعة هي التي تعرف باسم Corpus Iuris Civilis وكانت تشتمل على أربعة أقسام :

( ١ ) Digest وهي مجموعة مختارة من كتابات الفقهاء المظام

( ٢ ) Code ويحتوى القرارات والقوانين Constitutions

الامبراطورية التي صدرت الى مطلع عهد جستنيان .

( ٣ ) Institutes وهي مختصر للمجموعة الشاملة الكبرى اريد بها ان تجعل القوانين سهلة التناول للطلاب وغيرهم .

( ٤ ) Novels<sup>(١)</sup> وهي تحتوى ، كما يشعر اسمها ، على القوانين الجديدة التي صدرت في عهد جستنيان بعد نشر Code (وعدها ١٦٨ تقريباً ) اي انها جزء تكميلي لهذا الاخير . وقد نشرت بعيد موت جستنيان

## مصادر القانون المكتوب

كان للقانون المكتوب Jus scriptum اكثر من مصدر

(٢) وضع الاستاذ على بدوى مسميات عربية لتلك المجموعات وهي على التوالي : دائرة المعلوم ، الكراسة ، النظم ، الجديدة - راجع مقاله : « ابحاث في اصول الشرائع » بمجلة القانون والاقتصاد ج ٢ ص ١٩٠

واحد على عكس القانون غير المكتوب Non Scriptum الذي لا مصدر له غير العرف او هو العرف نفسه .  
وقد احصوا للقانون الروماني المكتوب ستة مصادر نشرها الى كل منها اشارة مختصرة :

( ١ ) Leges ومفردها Lex اي القانون الذي تصدر من جميع الشعب الروماني بطبقته بناء على اقتراح احد الماجسترا مثل القنصل  
( ٢ ) plebiscita ومفردها plebiscitum ويقصد بها القوانين التي اصدرها مجلس طبقة العامة وقد صار يطلق عليها لفظ Leges بعد صدور قانون هو رتنسيا الذي جعلها سارية على الطبقتين جميعاً ( راجع ما تقدم )

( ٣ ) Senatus Consulta اي القوانين التي شرعها مجلس الشيوخ وقد سبق ان رأينا متى كانت له ومتى لم تكن له سلطة التشريع<sup>(١)</sup>

---

وقد تلقيت من استاذي ( ف . ا . روبن ) تاريخه في يناير ١٩٣٧ جاء فيه بشأن هذه النقطة ما يلي :

Point de depart : Auguste ( avant lui le senat s'intéressait a la legislation seulement d'une facon indirecte . le terme final est plus incertain .

A partir de l'avenement de Septime Severe ( 193 apr J . C ) on n'a jamais plus parle de Senatusconsultes .

(٤) principum placita ومعناها ما يصدر عن الامبراطورية  
تعبيراً عن ارادته فيما يتصل بالقانون عندما انتقلت اليه سلطة  
الشعب التشريعية . وقد كان يعبر عن هذه الادارة قانون يصدره  
او قضاء يحكم به او فتوى يوجهها الى القضاة او الهيئات او الافراد.  
(٥) Edicta magistratum ويراد بها المنشورات التي كان  
يصدرها اي Magistrat وقد ورثوا هذه السطة عن الملوك لانهم  
هم الذين مارسوا وظائف الملكية ، فالمنشور الذي يدعو القنصل  
به الجمعية العامة او مجلس الشيوخ الى الانعقاد ، والمنشور الذي  
ينظمه الـ Aedile بياناً للقواعد التي تتبع في معاملات الاسواق ،  
والمنشور الذي يعلنه البروثور بياناً للقواعد القانونية التي سيعمل  
بها خلال العام ، كل هذا يدخل في هذا القسم من مصادر القاعدة  
القانونية .

ونظراً لاهمية منشورات البروثور نقف عندها قليلاً .  
سبق ان تبعنا في اختصار نشأة وظيفة البروثور ورأينا ان  
مهمة القضاء كانت داخلة في سلطة القنصلية فلما تمذر قيامها بها  
عند تغيبها في الحروب رؤى استعدادات ولاية خاصة للقضاء . وقد  
قيل من جهة اخرى تفسيراً لنشأتها ان طبقة الاشراف ارادت بعدة

اذا اضطرتها طبقة العامة الى ان تنزل لها عن احدى التفصيليتين  
ان تحتفظ لنفسها بفصلية تنفرد بها فكانت ولاية القضاء<sup>(١)</sup> الا  
ان العامة زاحمتها بعد ذلك عليها .

وكانت منشورات البروتور اما عامة او خاصة ، فالطائفة الاولى  
يصدرها قبل ان يأخذ في مزاولة عمله متضمنة القواعد التي  
سيعمل بها للفصل فيما يستقبله من الخصومات . واما المنشورات  
الخاصة فتلك التي يصدرها اثناء توليه السلطة لمواجهة موقف  
عرض له من غير ان يسبق الى خلده عند ما اعد منشوره العام .  
ولم يكن البروتور ملزماً باذي الرأي باتباع قواعده التي اعلنها  
اذ لم تكن قانوناً ملزماً وانما مجرد اعلان حتى صدر قانون كورنليا  
سنة ٦٧ ق م محتماً على كل بروتور ان يحترم منشوره العام ولكنه  
ما كان يلزم فلسفة لان قوته محدودة بالعام الذي تزول باتقضائه  
سلطة من اصداره الا ان التقاليد خلقت هذه القوة الملزمة في  
الواقع واصبح البروتور الجديد يحدد عن توليه نفس قواعد سلفه

---

(١) ملفيل ص ٣٩ وهو يحدد تاريخ استحداث تلك الولاية بتاريخ قانون  
Licinia اي ٣٦٧ ق م وهو القانون الذي احتفظ باحدى التفصيليتين  
لطبقة الشعب ثم عدل سنة ٣٤٢ ق م بحيث اباح لها الاثنتين جميعاً .

مضيفاً اليهامايرى اضافته فتألف منشوره من جزءين : Edictum

Tralaticium اي الجزء التقليدي المتوارث غير المتغير و Edictum  
Novum

اي الجزء الذي يستحدثه بنفسه وقد صار للجزء التقليدي مكانة

في نفس الشعب جعلته ينفر من تغييره لغير سبب وجيه وقد كان

طبيعياً ان يتجهم الاباطرة لهذا السلطان التشريعي الذي تمتع به

البرائرة فوضع الامبراطور هادريان حداً له وامر فجمعت القواعد

التي اقرها برائرة الشعب وبرائرة الاجانب الى بعض القواعد الثابتة

في منشورات الـ Aedils وحكام الاقاليم ، واصدر بتلك المجموعة

قانوناً وسميت المنشور الدائم او منشور هادريان او منشور

جوليانوس نسبة الى الفقيه الذي رأس لجنة التجميع .

وقد ذكرنا ان هذا المنشور اشتمل على قواعد البروثور الاجنبي

ايضاً فلنقف ههنا عند هذا البروثور . نشأت هذه الوظيفة بعد

وظيفة البروثور الوطني بنحو مائة وعشرين حولاً للعوامل التي

سبق ذكرها وقد كان يصدر منشوراً عاماً على غرار منشور زميله

ودرج هذا الرميل Preteur Urbain على ان يقتبس منه ما يضمنه

منشوره حتى صار المنشور ان امراً واحداً في مختتم العيد الجمهوري<sup>(١)</sup>

(١) راجع ما تقدم عند الكلام عن قانون الشعوب وقد قال الاستاذ



وقد يدعو هذا الى التساؤل عن معبر الخصومات بين اطراف  
 متممين الى جنسية واحدة وهل كانت تقع في اختصاص بروثور  
 الاجانب . ان عبارة برايس تشعر بالنفي ، وكذلك تشعر عبارة  
 ( رويز ) حين يقول انه كان ينظر الخصومات بين الرومان  
 والاجانب ( مذكرات ) . اما ملفيل فيطلق القول مقررًا انه كان  
 يعالج الخصومات بين الاجانب والرومان والخصومات فيما بين  
 بعض الاجانب وبعضهم الآخر *«between foreigners amongst the mselves(inter se)»*

#### Responsa prupentium (٦

هذا المصدر السادس للقانون الروماني المكتوب هو لفقة ؛  
 وهو قديم عند الرومان ، ولعله سبق القضاء كعامل في تطوير  
 القانون ، وقد مر بمراحل مختلفة فالطبقة الاولى من طبقات  
 الفقهاء هم جماعة الكهنة College of Ppontiffs الذين اشرنا الى  
 ان علم القانون كان احتكارًا لهم قبل ان يسن في الزواج محفوظة  
 ولقد كان من شأن هذه المثلثة ان تصنف القيمة القانونية

( برايس ) في وصف عمل البروثور الاجنبي ( ج ١ ص ٩٣ )

This magistrate built up on the basis of mer cantile usage ,equity and common -sense, a bo dy of rules fit to be applied between personswhose native law was not the same

لتلك الهيئة ، ولكن الطابع الديني كان يسود العصر ويكتنف  
الالواح نفسها بقى الكهنة حفاظها وسدتها وكان عندهم تفسيرها  
او قهها وما نزلوا عن احتكار العلم بالقواعد القانونية الا ليحتكروا  
تفسيرها مدى قرن ونصف قرن بعد اعلان نصها . واذا كانت  
الالواح قد اوضحت القانون فانها لم توضح اجراءاته فظلت طرق  
الدعوى والفاظها التي لا بد من احترام كل حرف منها علما تنطوي  
عليه صدور الكهنة دون غيرهم حتى نشر ما يسمى Jus Flavianum  
سنة ٣٠٤ ق . م وهو بيان يشمل جميع الدعاوي واجراءاتها  
ومراسيمها ومواسمها<sup>(١)</sup> ثم دفع الجاس بعد ذلك بنصف قرن ، احد  
طبقة العامة ( تيبوريوس كوردنكانيوس ) الى ان يتفهم القانون  
ويعلم في الناس استمداده لان يفهم فيه فكان الرائد الاول

---

(١) يقول ملفيل ص ٤٢ ان ( فلافيوس ) كاتب ولما لم يعد حرره  
( كلادبوس كيكس ) وانه قد سرق من ذلك السيد ذلك البيان الذي كان  
قد اعدوا واذاعه بعد سرقته . - ويقول رويز ( في كتاب عن البداوي في القانون  
الروماني ص ٢٨ ) ان فلافيوس قد واظب على حضور جلسات البداوي  
وصار يحفظ اجراءاتها وتفسيراتها ثم نشر مجموعته . - راجع لتفهم نظام البداوي  
تعلمها عند الرومان محاضراتنا في القانون الروماني .

للطبقة الثانية من الفقهاء Veteres التي توسطت بين فقهاء الكهنة وفقهاء العهد الكلاسيكي وعبدالطريق لظهر هذه الطبقة بنشر ما يسمى Jus Alianum وهو مجموعة تتألف من ثلاثة اجزاء اشتملت على نصوص الالواح الاثني عشر وتفسيرات هيئة الكهنة لها وطرق الدعاوي القانونية فاجتمعت هذه الظروف على انهاء احتكار العلم بالقانون وتفسيره وبدأت طلائع التعليم القانوني العام وما يتبعه ضرورة من قيام المؤلفات الفقهية .

وقد كان العهد الثاني من الجمهورية عصرآ ذهبيا للفقهاء فلما كانت الامبراطورية كان طبيعيا ان تؤثر في مركز الفقهاء ولكن تأثيرها في هذا الميدان لم يسر على خط معاذ لتأثيرها في القضاء . فقد رأينا انها حملت القضاء على مضض وبدأت منذ عهد الاول تطغى على سلطان البرونور بين حين وحين وتنازعه مهمته القضائية على شيء من الاستحياء بوائهم اسلوب اوغسطس في الحكم حتى كان عهد هادريان فاعترض سير البرآرة ونزع منهم سطوة التشريع عندما عمدا الى ما سبق من احكامهم واصطفي منها مجموعة ثابتة الزمهم العمل بها بغير تعديل ولا حذف ولا اضافة ، فلما كانت الامبراطورية السفلى التي افتتحها دقلدياتوس كانت اجرا

على ما بقي من كيانه واضيق صدره بفضلة سلطانه فسلبت البروتور ولاية القضاء الا في روما بمد ان افقده هارديان ولاية التشريع واصبح الامبراطور يمارس القضاء بمال يمثلون شخصه ويحكمون باسمه وكثيراً ما كانوا بمض حاشيته وحراسه .

ابا الفقه فقد لقي من الامبراطورية اول الامر الخطوة التي حرمها القضاء ولكنها حرصت - وهذا منطقي منها - على ان يكون فقهاً رسمياً فانسن اوجسطس نظاماً جديداً تقضي بان يكون حق الفتوى خلة امبراطورية تخضع على من يشاء الماهل من الفقهاء فاذا ما خلعت عليهم كان لهم *Jus respondendi ex auctoritate principis* واصبحت آراؤهم او فتاويهم ملزمة للخصوم والقاضي معاً وبهذا صار الفقه مصداً رسمياً للقاعدة القانونية . على ان سائر الفقهاء لم ينقطعوا عن الافتاء ولكن آراءهم لم تكن لها هذه القوة الملزمة وكان طبعاً ان تنشط الحركة الفقهية وتنشأ في دائرتها المذاهب المختلفة فقامت مدرسة للساينيين ومدرسة للبروكليين . تنسب الاولى الى Sabinus اول فقيه تمتع بحق الفتوى الرسمية ولو ان مؤسسها الحقيقي هو Capito وتنسب الثانية الى Proculus مع ان مؤسسها هو Iabeo . وقد اختلف في تحديد فيصل التفرقة

بين المدرستين فذهب بمض الباحثين الى ان البروكيليين كانوا اكثر تعلقاً بالمبادئ القانونية التي سادت عصر الجمهورية اي انهم كانوا محافظين في حين اصر السابينيون النظام الامبراطوري وكانوا اميل الى الاخذ بالانجاءات الحديثة التي تتعزى العدالة تحرياً اكثر بينما ذهب آخرون الى عكس ذلك تماماً فذهبوا الرجعية والمحافضة للسابينين ونزعات التجميد والتقدم للبروكيليين<sup>(١)</sup>

(١) ممن قالوا بالرأي الاول Carlowa وفيما يلي نص عبارة والتون :  
مقدمة تاريخية لقانون روماني من ١٢٧ في تصوير رأيه :

"Carlowa thinks that the Proculiens clung more closely to the legal doctrines of the republic and that the Sabiniens were more inclined to the equitable tendencies of more modern times."

وممن قالوا بالرأي الثاني Appleton في مقال نشره حديثاً في الجزء الاول من « مجموعة دراسات قانونية » الفها بعض العلماء تنجيلاً لذكرى العلامة الفرنسي Geny . وقررا الامتياز على يسوي ايضاً (مذكرات ص ٧٠) « ان الرأي الغالب ان مذهب السابينيين هو مذهب المحافظين على القديم والثاني مذهب انصار الجديد . وقد زال هذا الاقسام بين الفقهاء في عصر حاضر ان الذي جعل مجله الاستشاري مكوناً من فقهاء الحزبين معاً . »  
راجع لبيان بعض فقط الاختلاف بين المدرستين مذكرائنا باب

على ان منح بعض الفقهاء سلطة التشريع لم يتسق مع اسلوب  
دقلديانوس المطلق فلم تتجدد هذه الرخصة لان مصدر التشريع  
الوحيد اصبحت ارادة الامبراطور المباشرة وهذا لا يمنع من  
بقاء القوة التشريعية للفتاوى السابقة الصادرة من الفقهاء الرسميين  
ما لم تلغ او تعدل بتشريع لاحق .

وقد حدثت انة تضاربت اقوال الفقهاء الرسميين في بعض  
الامور فبذلت محاولات للتخلص من التناقض بدأها هادريان  
حين قرر ان القاضي مقيد برأي الفقهاء ما اجتمعوا عليه ، فان  
اختلفوا كان له الحرية في اختيار ما يشاء من اقوالهم . ثم قرر  
الامبراطور قسطنطين عدم العمل بتعليقات پول والبيان على

---

الاشخاص في القانون الروماني ص ٣٣ وحاشيتها ( البدء بتعيين الوارث في  
الوصية ) وص ٥٥ ( تعيين من للبلوغ ) وفي باب الاموال وفي باب جاشية  
رقم ١ من ص ٢٢ الاكثر اما ص ٢ ص ٢٧ ( اعتبار تصرف المستأجر ) في  
المعار الوجع سرقة ) ( ملكية المادة بعد تحويل الفبرايها )

وقد ابي الاستاذ والتون ان ينحاز الى اي من الرأيين السابقين في تحديد  
فصل التفرقة بين المدرستين مكرراً ان التفرقة غير مؤكدة وأن المناقشة بينهما  
هي الى حد ما غامضة الاسباب مثلما مثل المناقشة بين " جامعي او كسفورد  
وكامبردج او جامعي هافارد وييل ( ص ١٣٧ المرجع السابق ) — راجع ما

كتابات استاذهما بابنيان ، واخيراً صدر عام ٤٢٦ ب . م قانون  
باسم Valentinianian Law of Citations مقرر اعتماد آراء  
الفقهاء بابنيان وبول وجايوس والبيان ومودستينوس والاراء  
التي ثبت ان احدهم قد اقرها فان وجد اختلاف بين هذه  
الاقوال التي تقرر اعتمادها اخذ القاضي برأي الاكثرية فان  
تساوت الآراء رجح القول الذي اخذ به بابنيان فان لم يعرف  
له رأي في المسألة ، كان للقاضي حرية الاختـذ بما يرى من تلك  
الآراء المعتمدة . وقد عين هذا القانون رسمياً حدود الفقه القانوني  
الكلاسيكي الذي يعتبر عهد هارديان مبداً له

#### Res Judicatae (٧)

وانا لرى بعد استعراض المصادر الستة للقانون المكتوب ان

---

جاء في كتاب « علم اصول القانون » لستاذنا الدكتور السهوري ص ١٤٠  
« ولم يكن بين المدرستين الروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادئ  
العامة والطرق العلمية واكثر الخلاف بين المدرستين انما كان في التفاصيل  
وقد تكون المدرسة البروكيلية اكثر محافظة على المبادئ الجمهورية اذ كانت  
زعيمها لايو جهمربا مخلصاً حتى بعد استقرار الامبراطورية ، اما المدرسة  
السابينية فقد كانت اكثر تمسكاً مع المبادئ الامبراطورية الجديدة . » —  
انظر ايضاً نفس المرجع ص ١٤٩

تقف قليلا عند امر سابح لم يعتبره جستنيان ولم يذكره الى جانب المصادر المتقدمة ولكن سيسرو قد اعتمده عند احصاء مصادر القانون ؛ هذا هو القضاء او السوابق القضائية . ويجب الا نخلط بين هذا وبين المصدر الخامس فان منشور البروتورشي ، وحكم القاضي Judex شئ آخر كما يتضح جيدا من مراجعة دروس دعاوي . ان البروتور كان يستن قواعد يضمنها منشورا وقد تتبعنا تاريخ هذا المنشور كمصدر رسمي للقاعدة القانونية ، اما القاضي فما كان يصدر منشورا ولا يعين قاعدة وانما كان يفض نزاعا ، مقيدا في اكثر امرة برنامج البروتور الذي احال الدعوى اليه مصحوبة به الا ان نفس هذا البرنامج كان يدع للقاضي احيانا قسطا من الحرية كأن يقول البروتور للقاضي : « اذا ثبت لك ان ( ن . ن . ) قد اعتدى على ( ١ . ١ ) » وفصل عضوا من اعضائه فقد ر له التعويض بما يرضاه العدل والاحسان . » ولكن قضاء القاضي لم يكن مصدرا للقاعدة القانونية مهما توسع عليه في حرية التقدير وغاية ما بلغه ان يعتبر قضاؤه السابق مثلا Exempla يستهدي في التماس قرار صائب ، ولذلك اخذ على ( سيسرو ) زجه بالسوابق القضائية بين مصادر القانون .



ولقد رأينا من جهة أخرى ان الامبراطور اوغسطس قد تصدى بنفسه او بوساطة بعض مختاريه لنظر دعاوي معينة بذواتها وكان قضاؤه او قضاؤهم فيها مصدراً للقاعدة القانونية لانه كان يمارس سلطانه التشريعي بوسائل منها القضاء والافتاء ، فهل كان هذا النوع من القضاء قاصراً على ان يكون مصدراً للقانون في حدود الدعوى المفصول فيها او انه امتد ليعتبر مصدراً عاماً بحكم النزاعات المستقبلية المشابهة للنزاع الذي صدر من قبل تصفية له ؟ لعل السؤال افلاطوني وعلى كل اراي ميالا الى ترجيح ان موقف القضاء هنا ظلي كوقفه هناك اي ان المقررات القضائية كانت مجرد سوابق يستأنس بها ، وان امرها استمر كذلك في الامبراطورية السفلى حين ردت سلطة السبروتور الى اضيق حدودها ونازعه حق القضاء المتبقى له غيره من موظفي الامبراطور ، وصار مثاهم يفصل في الدعوى مباشرة بغير احوالها الى ذلك الحكم او القاضي Judex

مصدر القانون غير المكتوب : العرف

علينا بعد ذلك ان نعرض للقانون غير المكتوب ومصدره  
الفد : العرف . ولقد رأينا ان قانون الالواح لم يكن الانجيميا

لقواعد عرفية ، او تسجيلا « لبعض » عرف الرومان اما بعضه الآخر فقد غل محمولاً به من غير ان يروا حاجة لتدوينه لانهم انما دونوا ما اختلف عليه وما رأوا ضرورة لتوضيحه ، فالعرف عند الرومان كما كان عند غيرهم المصدر الاكبر للقاعدة القانونية في المهود الفطرية ولقد ضاع اكثر تلك القواعد العرفية في ثنايا التاريخ وصار اثر العرف في تنمية القانون الروماني نافهاً كما يقول الاستاذ والتون<sup>(١)</sup> . الا انا نرى الاحتياط عند تقرير هذا الحكم بتذكر الدور الهام الذي لعبه العرف التجاري في القانون الروماني عن طريق قانون الشعوب

وكما ان العرف قد يخلق القاعدة القانونية معبراً في خلقه هذا عن الضمير القومي الذي ينبثق منه كما يرى ساقيني لان المبدأ في نظره يسبق التطبيق ، فانه قد يعرض لقاعدة قانونية مسنونة فيأخذ ببعض تفسيراتها دون بعض فيصيح التفسير المأخوذ به هو القاعدة المعمول بها . مثل ذلك ان قانون الالواح قرر حق الميراث لافراد الاسرة بالمعنى الواسع Agnats عند

---

( ١ ) ومع ذلك فان الاستاذ والتون يشير الى ان بعض القواعد الهامة التي استحدثت في العهد الجمهوري مردها الى العرف مثل قاعدة التحريم الهبات للازواج — ص ٢٤٤

عدم وجود وارث من الأسرة الضيقة فمل الشراح ذلك اللفظ على انه لا يشمل من النساء الا الاخوات فلا ين الاخ مثلا ان يرث، وليس لابنة الاخ ذلك .

ولكن هل يستطيع العرف ان يلغي قاعدة قانونية قائمة اذا كان قد استطاع ان ينشيء القانون او يثلب فيها لنص قانوني على فهم ؟  
لو ان القاعدة القانونية قاعدة عرفية فالعرف قادر على ان يلغي عرفاً ولكن أليكون هذا هو الحكم بالقياس الى قاعدة مسنونة ؟  
اما مجموعات جستنيان فلا ترى مسانعة للفرقة وتعلن ان الرضاء الضماني للشعب كاف لالغاء القانون مكتوباً وغير مكتوب ، فاي فرق ، كما يتساءل جوليان في الديجست ، بين ان يظهر الشعب صاحب السلطان ارادته بالتصويت وان يظهرها بالعمل والاهمال ؟ ولقد اخذ الرومان بهذا النظر فعلا فابطلت بعض صور الوصية لمجرد عدم الاستعمال او العرف السلي كما ابطلت بعض اقسام قانون كيليا لنفس السبب حتى كان حكم قسطنطين بقرقر قاعدة عامة تقضي بان العرف لا يجوز ان يلغي القانون المكتوب .  
ولقد تقدم بعض الباحثين بتفسيرات مختلفة يريدون بها التوفيق بين هذا الحكم وما تضمنته مجموعات جستنيان ولكن الاستاذ

والتون يفضل الاعتراف بوجود التناقض ويرى من المحتمل ان يكون قرار قسطنطين قد قصد به ابطال الرأي الذي كان معمولاً به من قبل ، ذلك الرأي الذي نقلته لجنة جستنيان بغير ان تفتن الى ما اعتراه من تغيير في عهد قسطنطين<sup>(١)</sup>

## الدور الرابع لتاريخ القانون الروماني

هذا الدور الرابع والاخير هو دور تقسيم الامبراطورية الى شرقية وغربية . وقد سبق ان رأينا كيف قام دقلديانوس بالتقسيم ولكنه في تقسيمه لم يتجه الى الفصل الحقيقي بين الشرطين وانما اراد تسهيل الادارة فكانت للامبراطورية « الواحدة » امبراطوران . اما الخطوة الحقيقية الاولى للفصل الحقيقي بين الجزئين فقد حدثت بعد ( سنة ٣٣٠ ق . م ) في عهد

( ١ ) والتون صفحة ٢٤٩ وهو يلاحظ ان العرف ليس له في إنجلترا قوة الناء قانون مكتوب بعكس اسكتلندا . قارن المجلة شرح سليم باز فقد ذكر ( ص ٣٤ ) ان رأي الجمهور ان العرف لا يلغي نصا ولكنه اورد روايتين مختلفتين عن الامام الشافعي تقول احدهما بان العرف ينسخ النص اذا كان النص قد وضع اول الامر تسجيلاً للعرف ثم تغير العرف - فبها ينسخ النص بالعرف الجديد لان غرض النص التمييز بامانة عن العرف

الامبراطور قسطنطين عند جعل بيزنطة عاصمة للامبراطورية الرومانية بدلا من روما وتلا ذلك توزيع تيودوسيوس الاول الامبراطورية بين ولديه فالشرقية لاحدهما والغربية للآخر وذلك سنة ٣٩٥ ب. م فلم يجتمع القسمان تحت سلطان واحد بعد ذلك الا في عهد جستنيان حين غزا بعض قواده ايطاليا ( بعد سقوط الامبراطورية الغربية في يد القوط سنة ٤٧٦ ب. م ) وكان من نتيجة تلك الغزوة المؤقتة حمل قانون جستنيان اليها وجعله منافسا « للقانون الروماني البربري » الذي سنه اباطرة الفانحين ليطبق على رعاياهم الرومانيين لانهم احتفظوا لانفسهم بقوانينهم البربرية الخالصة وقد كان اسم القوانين البربرية الرومانية « القانون الروماني القبرقوطي » الذي سموه Corpus Juris Civilis على غرار قانون جستنيان وقد ظل معمولاً به في الغرب من القرن السادس حتى القرن الثاني عشر حين اسست مدرسة بولونيا سنة ١١٢٠ واخذت في دراسة قوانين جستنيان

ومع ان الامبراطورية الشرقية لم تسقط الا عام ١٤٥٣ فان القانون الروماني البحت قد حل محله قانون روماني بيزنطي قبل ذلك السقوط بأكثر من خمسة قرون وذلك ان اللغة اللاتينية

اخذت تزول لتحل محلها اللغة الاغريقية واخذ القانون الروماني يدرس في التراجم الاغريقية وشروح الفقهاء الاغريق وقد اصدر الامبراطور ليو الذي حكم من ٨٨٦-٩١١ ق . م قانوناً بزنطياً رومانياً في مجموعة تسمى Basilica اصبحت القانون الرسمي للدولة حتى خلفها القرآن اثر سقوط القسطنطينية في يد العثمانيين.

ولقد قيض للقانون الروماني ان يحيا من جديد بفضل مدرسة بولونيا السالف ذكرها تلك التي استعانت في مهمتها بقواعد القانون الكنسي الذي كفل استمرار العلم بالقانون الروماني حتى في عهد البرابرة<sup>(١)</sup>. فلما كان عهد الاحياء العلمي حمل علماء بزنطة عليهم الى اوربا ونشطت دراسة القانون الروماني نشاطاً كبيراً ولم تعد محصورة في مدارس ايطاليا بل سرت الى مدارس غيرها من الدول واقرنت تلك الدراسات باسماء فقهاء عالميين مثل سافيني وتيبو في المانيا وجرسيموس في هولندا وبوتيه في فرنسا ودخلت قواعد القانون الروماني كما ينها جستنيان في تشاريع اجزاء

---

(١) كان الامبراطور قسطنطين في تممه للمسيحية قد مهيأ للكنيسة بالاستقلال بالقضاء في امور معينة وقد اخذت الكنيسة في قانونها ببعض قواعد القانون الروماني .

كثيرة من العالم ان لم نقل ان هذه التشريعات نسجت على غرارها واقتبست منها جل احكامها وليست اوربا وحدها هي التي تأثرت بالقانون الروماني بل لا تكاد قارة تخلو من اثره وحسبنا ان نشير الى اليابان وكندا وتركيا وسيلان وسوريا ومصر وبلاد المغرب وجنوب افريقيا ولوزيانا، ولعل العراق لم تخل من اثر ضئيل له فان قانونها التجاري وقانون اجراءاتها المدنية والتجارية مأخوذان من القانون التركي المأخوذ عن الفرنسي، كما ان مشروع اللائحة الجديدة للقانون المدني يشتمل - الى جانب الاثر الواضح القوي للفقه الاسلامي - على آثار من قوانين اوربية وغير اوربية تأثرت في دورها بالقانون الروماني.

تحرير الصلة بين الشريعة الاسلامية والرومانية :

وهنا يسدنا سياق البحث الى امر له مكانه في دراسة تاريخ القانون، ذلك هو تحديد الصلة بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني فقد ذهب بعض المستشرقين والباحثين الغربيين مثل جولدزيهر وساتلانا وشرمان واموس الى ان الشريعة الاسلامية « مستمدة من قانون الرومان »<sup>(١)</sup> او « ان الفقه الاسلامي تأثر

(١) انظر مقالا عنوانه (البحاث في تاريخ الشرائع) للاستاذ على

بدوي - مجلة القانون والاقتصاد ص ١٠٠ - ٧٣٣ - ٧٣٦

به تأثيراً كبيراً وكان الفقه الروماني مصدراً من مصادره استمد منه بعض احكامه «<sup>(١)</sup> مستندين في زعمهم الى قيام مدارس للقانون الروماني في بعض مدن الشام (قيصرية ويروت) عند الفتح الاسلامي وقيام محاكم بها تسير في نظامها واحكامها حسب القانون الروماني، ووجود تشابه في بعض النظم القانونية بين الشريعتين كما في تقاسيم العقود والاموال والحقوق، والتماثل التام الظاهر في الشريعتين بين بعض المبادئ مثل مبدأ «الينة على من ادعى واليمين على من انكر»، والى تماثل المعنى في بعض المصطلحات العلمية مثل كلمة «الفقه» التي يقابلها عند الرومان كلمة علم القانون Jurisprudencia ومثل «الراي» الذي يقابله عند الرومان لفظة Opinid، وقرروا «ان الفقه الاسلامي اخذ عن القانون الرماني اما مباشرة او من طريق التلمود فان هذا التلمود اخذ كثيراً من القانون الروماني واتصال المسلمين باليهود مكنتهم من الاخذ ببعض اقوال التلمود» وقد اسفوا لان مذهب الازاعي الذي عاش في يروت موطن اكبر مدرسة للقانون الروماني قد اندثر والا لوجدنا فيه اثرأ كبيراً للقانون الروماني

---

(١) انظر فجر الاسلام للاستاذ احمد امين ج ١ ط ٢ من ٢٩٠-٢٩٢



تولى بعض الباحثين المحدثين من المسلمين مناقشة هذه الادلة وتفنيدها وسناخص هنا دفاع استاذين من هؤلاء الباحثين ثم نعرض نظرية اولئك المستشرقين على بعض قواعد القانون الروماني المجردة لندري ما يصدقهم منها وما يكذبهم ولعلنا ان نضيف حججاً جديدة الى الحجج القوية البارعة التي سنحاول تلخيصها عن مبعثي الاستاذين احمد امين وعلى بدوي<sup>(١)</sup>

فاما الاستاذ امين فقرر ان تشابه بعض احكام في قانونين لا يجعلنا نقطع باخذ احدهما عن الآخر سيما اذا روعي ان القوانين تتحرى العدالة التي توحى بيديها منها الزام المدعى بالبيننة. ثم ان كلمة للفقه في اصل اللغة العربية معناها العلم بالشيء

---

(١) انظر ايضاً الى كتاب الدكتور محمد زكي عبد المتعال (تاريخ التنظيم السياسية والاقتصادية) حاشية من ٢٥٨ فقد رد على اولئك العلماء الغربيين بقوله ان مصادر التشريع الاسلامي محصورة بينة وهي الكتاب والسنة والاجتهاد ٥٠٠٠ وانما اخذه العرب عن غيرهم من الامم الاجنبية معروف كالتب والفلسفة والفلك وسائر العلوم الكونية كما عرفت اسماء العربيين والناقلين والمصادر التي استقوا منها هذه الموارد ولم يثبت شيء من ذلك بالنسبة للتشريع الاسلامي والقانون الروماني. - وقد نشرت مجلة «الرسالة» السنة الثالثة العدد ٩٩ ص ٨٥٦-٨٥٩

والفهم له ثم غلبت على معنى العلم بالدين والفهم له وفي هذا المعنى استعمالها القرآن قبل امتزاج العرب بالرومان فقال : « فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين » ، ثم غلبت على هذا النمط من العلم ( علم التشريع ) لانه يتطلب فقهاً في الدين ومعرفة بالكتاب والسنة ، هذا الى عدم ورود اية اشارة الى القانون الروماني في كلام ائمة المشرعين ، اما الاوزاعي فان الاستاذ يقرر انه « عثر على جملة صالحة من مذهبه في الجزء السابع من الام ودلته قراءتها على ان من الانصاف ان يعد الاوزاعي من مدرسة الحديث لا من مدرسة الراي ، عكس ما يقول جولدزهيبر ، ومدرسة الحديث ابعد مظنة من التأثر بالقانون الروماني . »

---

مقالا لفضيلة الاستاذ الشيخ عبد القادر المغربي رئيس المجمع العلمي العربي بدمشق رد فيه على نفس الزعم وما جاء في رده :

« لما فتح المسلمون البلاد التي كانت خاضعة للرومانيين وجدوا لاهلها عادات راسخة واحكاما متوارثة فاقروم عليها وبعضها ينطوي تحت اصول الاسلام الثابتة بالقرآن وعمل النبي ( ص ) والصحابة : مثل ( العادة محكمة ) و ( المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ) و ( لا يتركز تغيير الاحكام بتغير الازمان ) ٠٠٠ فاذا اعتبر ائمة الاسلام تلك الاحكام

يبد أن الباحث لا ينكر أن القانون الروماني افاد من ناحية غير هذه ، أعني ناحية « عرض المسائل على الفقهاء ليبدوا فيها رأيهم حسب القواعد الكلية للشريعة الإسلامية ، فمن المحقق أن مصر والشام كانت تحكمها محاكم رومانية بالقانون الروماني ، فلما جاء الإسلام ودخل قوم من هؤلاء المحكومين فيه ، وخضع له غيرهم كان من الطبيعي أن يمرضوا تقاضيهم التسليم وآراء محكمهم القديمة على الإسلام لينظروا ما يقر منها وما لم يقر ، أما الاستاذ بدوي فلا يرى قيمة للتشابه في معاني الالفاظ ، ويرى أن التشابه في بعض النظم القانونية ، لا يفيد حتما أن أحد الشريعتين نقلت عن الأخرى وإنما هو تأثري بطبيعتها من تشابه

اللاتينية ثم دونوها أو دونوا نظائرها في كتبهم الفقهية ، لا يكون ذلك منهم اعترافا بشرائع اللاتين واذعاناً لها وإنما هو منهم حمل بأحكام مستندة إلى القواعد الإسلامية من القرآن وسنة النبي (ص) وم كما دونوا في كتبهم الفقهية أحكاماً تشبه الأحكام الرومانية دونوا أيضاً أحكاماً تشبه أحكام شرائع الفرس والترك والهند والطورانيين وغيرهم من الأمم التي فتحوا بلادها فمن جملة القواعد في جملة الأحكام الشرعية : « أن الحاجة سواء كانت صومية أو خصوصية تنزل بمقتضى الضرورة ، ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء فإنه لما كثرت الديون على أهالي بخارى جوزت هذه المعاملة لداعي الاحتياج » ١ . هـ . فهل يقوم أحد فيزعم أن

الظروف الاجتماعية التي مرت بها كل منهما . ثم يلجأ الاستاذ الى الامثلة المجردة فيعرض نظماً رومانية غير اسلامية ونظماً اسلامية غير رومانية فمن الطائفة الاولى السلطة الابوية والسيادة الزوجية والتبني والوصاية على المرأة ، ومن الطائفة الثانية الوقف الاهلي والشفعة وموانع الزواج من الرضاع ، هذا الى اختلاف الشريعتين في قراءد بعض النظم المشتركة بينهما كنظام الزواج فهو فردي عند الرومان متعدد عند المسلمين ، والميراث فللمرأة فيه مثل الرجل في القانون الروماني ونصفه في الشريعة ، والطلاق وهو من حق كل من الزوج والزوجة في روما ومن حق الزوج دون الزوجة في الاسلام . وفوق هذا وذاك يضع الباحث يده

---

البيع بالوفاء شريعة طورانية عمل بها أئمة الاسلام ؟ ٠٠٠٠٠ . ونحن اذا راجعنا تاريخ حياة أئمة الاسلام نراهم قد عاشوا في محيط اسلامي محض : الكوفة وبغداد ومكة والمدينة ؛ نعم سكن الشافعي مصر ودفن فيها لكنه جاءها قبل وفاته بخمس سنين . فاعتننا ما عرفوا لغة لاتينية ولم يعاشروا مشرعين لاتينيين ولو لوحظ من احدم ذلك لسقط اعتباره وتعجباه المسلمين ولما كان اماما واجب الاتباع . ومن العجب قول الاستاذ ٠٠٠٠ ان السنة في الاسلام ما هي الا مجموعة القوانين الرومانية الخ الخ ،

على فاضل جوهرى فقد عرفنا القانون الرومانى : من شكليات  
ورسميات ، اما الشريعة الاسلامية فهي في جوهرها ومنذ  
نشوئها قائمة على البساطة في التعامل وعلى نية الطرفين في التعاقد  
وعلى روح العدالة الطبيعية بين الناس . واخيراً نرى الشريعة  
الاسلامية قد اشتملت ، من مبادئ العقوبة ونظمها ، على ما لم  
يعهده الرومان مثل ارتفاع المسؤولية الجنائية عن الملك او رئيس  
الدولة لانه يملك حق العقاب وحده دون غيره ، ونظام الحسبة  
في الشريعة الاسلامية وهي وظيفة اجتماعية في العصر القديم  
تقابل وظيفة النيابة العامة في العصر الحديث ، ونظام العقاب  
بالتعزير وهو يسمح ان يترك تحديد العقوبة نوعاً ومقداراً الى تقرير  
القاضى المطلق بحكم بها تبعاً لما يتضح لديه من ظروف كل جريمة  
وحالة المجرم ونفسيته ودرجة ميله الى الاجرام .

وقبل ان ننتقل من تاخيص هذه الوجوه ، نشير الى انا نردد  
في تسليم بعض ما تقدم ذكره في بحث الاستاذ بدوي فان الرومان  
عرفوا الى حد نظام الحسبة : ذكر الاستاذ ( جبرار ) في مؤلفه  
عن القانون الرومانى <sup>(١)</sup> ان الدعوى المسماة *De Postis et Suspendis*

كانت دعوى شعبية Populaire تعطي لأول قادم Au premier Venu ضد من يعاقب في منزله شيئاً من شأنه اذا سقط ان يسبب ضرراً وذكر الاستاذ ايضاً<sup>(١)</sup> ان من سقط شيء من منزله وسبب قتل جر ، كانت تمنح ضده دعوى لأول قادم يلزمه بمقتضاها ان يدفع غرامة قدرها خمسون الف سيستريس . — هذا الى ان وظيفة الـ Aediles كانت تتناول ما قد يدخل ، بصورة ما ، في اعمال الحسبة فقد كان هذا « العامل » الروماني يقوم على حفظ الالواح التي نقشت عليها القوانين ثم رعاية الهياكل والمسارح وتنظيم شئون الامن العام والصحة العامة وصيانة الطرق والبيادر . والجسور ورقابة الاسواق وكانت يتدخل في صفقات البيع ، واعتبر قضاء قائماً بذاته وكان في قيامه بمهمته يفرض الغرامة عقاباً لبعض الافعال مثل حبس الغلال في اوقات القحط واستعمال موازين مختلفة وعرض اطعمة غير صحية . على انا مع ذلك نوجه هذه الملاحظة في كثير من التحفظ ، فما زال الامر بشطويه ، الحسبة في الشريعة والحسبة عند الرومان ، في حاجة الى البيان .

---

(١) نفس المرجع نفس الصفحة

والضبط .<sup>(١)</sup>

كذلك نفق قايلا عند قول الاستاذ ان الشريعة الاسلامية امتازت بتمريرها فكرة العقوبة غير المحددة ، ذلك انا قد رأينا البرونور الروماني يطلق يد الحكم في بعض الجرائم ليحكم وفقاً

---

(١) وقد تلقيت بعد كتابة ما سبق بشأن الحسبة خطاباً من استاذي فستنزوا رانجيرو روين تضمن ردوداً على بعض استيضاحاتي وقد جاء به بشأن الحسبة ما يأتي :

« Je ne sais pas exactement ce que c'est le « hisba » . En tout cas les romains n'avaient pas de parquet, mais en general les actions criminelles etaient publiques dans le sens que n'importe quel citoyen pouvait les intenter (pour pousser les citoyens a le faire on assurait souvent une prime sur les biens que l'on confisquerait aux accuses ) . Exceptionnellement le meme systeme a ete pratique pour les actions privees, portees devant le preteur urbain et ensuite devant un juge unique : « c'est le cas de l'action de postis et suspendis a laquelle vous faites allusion » . Ce n'est que sous l'empire que l'on commence a reserver l'accusation aux fonctionnaires de l'Etat . »

( خطاب مؤرخ في القاهرة ٤ يناير ١٩٣٧ - ويلاحظ ان

الاستاذ روين لم يستأذن في نشره )

ويؤخذ مما تقدم ان الدواوي الجنائية العامة يقيمها اي مواطن وان

للمدالة والحسنى<sup>(١)</sup> وقد كان جزاء اللطم غرامة قانونية محددة فلما هبطت العملة ورأى البروتور ان مقداراً بيمينه قد يردع الفقير ولكنه لا يردع الموسر راعى ذلك الاعتبار فأخذ الاغنياء باكثر مما فرض على غيرهم<sup>(٢)</sup>

على اني اذا تقدم بهذه الملاحظات المترددة ، لا اقصد الدفاع عن النظرية التي هاجمها الاستاذان بتلك الحجج القوية ، بل اني لا نفص امام الطلاب قواعد القانون الروماني التي درسوها

---

الدولة كانت تنري الوطنين باقامتها باقرار نصيب لمقيم الدعوى من اموال المتهم التي تصدر ، وان نفس الاسلوب اتبع على سبيل الاستثناء ، بصدد بعض الدماوي الخاصة ومنها شبه جريمة تمليق شيء حتى اذا كان عهد الامبراطورية احتفظ بسلطة الاتهام لموظفي الدولة .

وقد جاء في نفس الخطاب بشأن نظام الوقف ما يأتي ( وكنت قد سألته عن مدى الملة بين نظام الوقف الاسلامي وما سمي عند الرومان بنظام الـ Fideicommiss ) :

« Vous n'etes pas le premier egyptien qui me pose le probleme du rapport entre les uns et les autres: en effet

(١) مذكراتنا في القانون الروماني - باب الالتزامات ص ٢٦ ( جزاء

جريمة اللطم ) و ص ٤٨ - ( جزاء شبه جريمة سقوط شيء من منزل وجرحه انسانا )

(٢) جبار ص ٤٣٠



اي مرضوها على احكام الشريعة الاسلامية وسيرون من عملية  
المواجهة ان ما افرقت الشريعتان فيه كثير جداً لا يقاس اليه ما  
اتفقتا عليه . وسأخذ نفسي هنا بالاشارة السريعة بحيل الطلاب  
على مواضع التفصيل على . لا ابني حصراً وانما تمثيلاً .

il n'y a pas une relation directe. Peut etre, je me suis pas fort en matiere de wakfs : en tout cas, je pense qu'il s'agit de fondations , publiques ov privees , placees sous la de l'autorite publique . Or, les romains qui n'ont jamais eu l'idee de la fondation comme personne juridique ont durecourir pour obteneur des resultats analogues a une grande variete de ditours . Quel que fois c'est le fideicommiss . Le concept du fideicommiss est tr'es large : on apelle f. toute disposition testamentaire redigee dans la forme d'une priere qui o'adresse soit a l'heritier soit a un legataire ( Ces dispositions ont ete sanctionnees comme obligations qar Auguste). En a dme ttant) que l'on ait soumis l'herdite on le legs a une charge ( p. ex. de nourrir les orphelins d'un certain pays ) , on aurait pu repeter le meme charge pour le fideicommissaire, ce qui aurait realise une espece de fondation . Seulement , cela ne pouvait durer longtemps parce que les romains sont contraires aux dispositions en favcur des personnes incertaines, c'est pourquoi le fideicommiss n'est acceptable (?) qu'en faveur des parents deja nes a la mort du testateur , et de leurs descendants immediats : avec ca , la fondation disposee

(١) في دراسة الرقيق رأينا ان حالة الرق عند الرومان كانت تبطل مالكية المال وغير المال اما في الشريعة الاسلامية فمالكية المال وحدها هي التي تبطل اما مالكية غير المال كزواج او طلاق او حياة فلا تبطل ( ص ٢٨ من مذكراتنا ) .

au moyen d'un fideicommiss pourra durer , en cas de congoite jusqu a un siècle a peu pres - pas plus . - Pour realiser des fondations durables il n , y avait d ' autre moyen que de faire une donation ou un legs avec charge au profit d ' une personne juridique telle qu ' un municipe ( plus tard au profit de l 'eglise ) : l 'eternite de la personne juridique garantissait l 'eternite de l 'execution de la charge . Ou bien on faisait du reglement au profit de la munici palite en obligeant celle ci a en disposer d 'une certaine facon

وملخص ما تقدم ان الاستاذ روبرت يقر عدم وجود علاقة مباشرة بين نظام الوقف الاسلامي والنظام الروماني ، ثم يقول ان الرومان قد اباحوا ان يشترط الموصي على الموصي اموراً في صالح آخرين ولكنهم لم يرحبوا كثيراً بالاشتراط لمصلحة اشخاص غير معينين فلم يبيحوا مثل ذلك الشرط الا لمصلحة الاقرباء الذين يكونون قد ولدوا فعلا حين وفاة الموصي ثم لا ولاء في الطبقة الاولى وبهذا كان نظام

٢) ورأينا أيضاً ان التزام العبد في الدائرة المدنية ما كان ليرتب عليه أثر مطلقاً ثم ترتب عليه أثر ضعيف فكان مصدراً لالتزام طبعي ، مع ان اقرار العبد بالمال صحيح في نظر الشريعة الاسلامية في حق نفسه اي انه يترتب عليه التزام مدني كامل يؤديه بعد تحريره <sup>(١)</sup> .

---

الـ Fideicommiss يدوم حوائ قرن لا اكثر . ولكنهم لما ارادوا تأييد الانتفاع لجأوا الى الهبة مع اشتراط على الموهوب اليه في مصلحة شخص معتوي يضمن خلوده خلود تنفيذ الاشتراط ، مثل المدنية اولا ثم الكنيسة اخيراً ، كما لجأوا الى تقرير ضرائب عامة على الافراد لمصلحة البلديات مشترطين على البلديات ان تنصرف بطريقة معينة ، وقد ضرب لكل من الوسيطتين مثلاً : فالوسيلة الاولى مثلها ان احد الرومان اراد التصديق على فقراء مدينته بصدقة مؤبدة فوهب ارضه الى بلدية روما مشترطاً عليها ان تنصرف في هذه الارض بطريق ( الامغنيوز — راجع شرح نظام الامغنيوز في مذكراتنا القانون الروماني — قسم الالتزامات ) وان تنفق الربيع السنوي في سبيل الاحسان . اما الوسيلة الثانية فمثلها ان تراجان قد افترض انه اقراض ملاك الاراضي قروضاً رهنه اراضيهم في سبيلها رهنأ غير حيازي وانهم لا يبرأون من الدين بسداده بل يدفع الفوائد السنوية ويخصيها للاحسان .

(٣) وفي باب الزواج رأينا قسطنطين يحرم زواج الرجل من امرأة اخيه او اخت امرأته بعد وفاة الاخ او الزوجة <sup>(١)</sup> ، وليس في الشريعة مثل هذا التحريم

(٤) وهذا الامام ابو حنيفة زعيم مدرسة الراي لا يقر الحبر على السفينة لان في ذلك اهداراً لدميته مع ان الرومان اقرؤا الحبر على السفينة ونظموه منذ قانون الالواح

---

ثم ختم الاستاذ كلامه في هذه النقطة بقوله :  
« هذه هي الاوقاف على الطريقة الرومانية اذا لم اخطئ » . ولم اجد اوقافاً رومانية اخرى » .

— قارن ما تقدم اقتباسه من اسباب حكم محكمة النفوس المصرية وراجع ما تقدم ذكره في بحث الاستاذ بدوي الذي جعل من وجوه الاختلاف بين الشريعتين ان الوقف الاهلي ( اي القدي ) وجد عند المسلمين دون الرومان . وقد يؤخذ من قوله بمفهوم العكس ان الرومان عرفوا نظام الوقف الخيري . والذي قد يستفاد من الخطاب الاستاذي ان الرومان اقرؤا « الوقف القدي المؤقت » - اذا صح هذا التعبير - تجوزاً - اي لطبقتين او لقرن وهذا غير الوصية لان الوصية لا تكون الا للملوم . اما الوقف الخيري فقد اقرؤوا كثيراً منه باعتبار النتيجة بطريقتي الهبة والضرائب السابق الاشارة اليها .

في الالتزامات :

٥) وفي الالتزامات نرى المجنون يضمن عمله الضار في رأى المذهب الحنفى والمضنون انه لم يكن ليضمن في القانون الرومانى .

٦) ومع ان فكرة الالتزام الطبيعى من اعم مبادئ القانون الرومانى في الالتزامات ، لانجد حديثاً عنها بهذا الوصف في كتب الفقه الاسلامى وان كان المسلمون قد فرقوا احياناً بين ما يلزم ديانة ولا يلزم قضاء .

٧) ولا نصايل في الفقه الاسلامى تفرقة بين التضامن الكامل والتضامن الناقص

٨) ولم يكن الفش لبعيب الرضاء عند الرومان الا ان يقع من متعاقد ، اما في الشريعة فقد جعلوا الفش الواقع من الدلال مؤثراً في العقد او اختلفوا في حكمه ان وقع من اجنبى غير الدلال<sup>(١)</sup> .

٩) واخذ الرومان بمسئولية صاحبي الفندق والسفينة والحيوان عن جرائم عمالهم وحيواناتهم ، اما الشريعة فيقرر في مذهبها الحنفى انه اذا اجتمع المباشر والمسبب ضمن الاول دون الثانى ، كما يقرر ان جناية العجاوات بواء .

---

(١) مذكراتنا في القانون الرومانى - باب الالتزامات - ص ٤٤ ، والمراجع المشار اليها فيها

(١٠) وملكية المبيع عند الرومان لم تكن لتنتقل الا بالتسليم في حين انها تنتقل بمجرد العقد طبقاً لراي الشريعة (١١) ثم ان هلاك المبيع قبل التسليم كان بوجه عام على المشتري عند الرومان وهو في الشريعة على البائع<sup>(١)</sup> في الاموال :

وفي احكام الاموال ترون

(١٢) ان المذهب الحنفي جعل مغير المادة تغييراً يقلب اسمها صاحب الحق في تملكها ولم يتابع الرومان الذين اختلفوا اولا فقال فريق منهم بان المسكية للمحول وقال فريق بانها للمالك المادة حتى فرق جستنيان بين حالتي التعويل الكامل والناقص<sup>(٢)</sup> (١٣) كذلك رفضت الشريعة الاسلامية ان تقر مبدأ سقوط الحق بالتقادم واخذت بقاعدة عدم سماع الدعوى بشرط الا يقر الغاصب بتملك المدعى للمال في الحال وهذا غير ما اخذه الرومان بوجه عام<sup>(٣)</sup>

(١) انظر مع ذلك الى جيران المرجع السابق ص ٨٠ و حاشية (٤) بها فقد قال ان بعض الباحثين ينازع صدق هذه القاعدة بالقياس الى العهد الكلاسيكي (٢) مذكراتنا في القانون الروماني - قسم الاموال - ص ٢١

(٣) انظر بحثاً قيميا لمعالي الاستاذ علي باشا زكي العراقي وزير المعارف المصرية حالاً كتبه في مجلة القانون والاقتصاد ( س ٤ ص ) يوم كان مستشاراً بمحكمة الاستئناف الاهلية بالقاهرة وقد اورد فيه بين الفكرتين: عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، والتقادم في القوانين الحديثة .

١٤) وفي حق الانتفاع يرى القانون الروماني بقر حق المنتفع في جني الثمار التي غرسها غيره قبل بدء انتفاعه ويسقط حقه في جني الثمار التي غرسها هو اذا جنبت بعد انتهاء انتفاعه؛ بينما تأخذ المادة ٣٦ من مرشد الحيران بحكم مخالف هو بغير شك اعدل واحسن

١٥) واذا كانت القانون الروماني قد حرم الهبات بين الزوجين، فان الشريعة الاسلامية لم تكتف باجازتها بل هي جعلت علاقة الزوجية مازمة من الرجوع في الهبة اصطفاً من تشابه: على ان من واجبتنا ان نمرض الى جوار هذه الاحكام اموراً تشابهت في حكمها الشريعتان ولكن هذا التشابه لا يؤدي ضرورة الى القول بان احدهما قد استقت من الاخرى.

١) فوصي الخصومة مثلاً قريب من قيم الخصومة عند الرومان الذين خلفوا نظامه في عهد الامبراطورية السفلى  
Curatelle ad Litem

٢) وراى الامام ابى يوسف في اعتبار القرار الصادر بالحجر على السفه والقرار الصادر برفع الحجر عنه دون الحالة الفعلية، هو راي القانون الروماني. الا انا نلاحظ هنا اموراً

اولها ان ابا حنيفة رفض اجازة الحجر على السفهه اصلا ، وثانيها ان الامام محمد آخالف ابا يوسف وخالف القانون الروماني وقال باعتبار الحالة الفعلية لان السفهه كالجنون والصغر ، وثالثها ان بعض علماء القانون الروماني ( ابلتوز ) قالوا بان عيب الاهلية المترتب على قرار الحجر على السفهه كان يزول قبل صدور قرار برفعه ، بالنسبة لبعض انواع السفهه ، اذا زالت حالة السفهه فعلا عنهم <sup>(١)</sup>

(٣) وقد عرف المسلمون نظام الحكم وتكلم بعض فقهاءهم عنه قائلا : « في الإفتيوز او الحكم » والحكم مشابه في الواقع لعقد الإفتيوز الروماني .

(٤) واخيراً نرى الشريعة تجيز ان يكون موضوع حق الانتفاع عيناً تستهلك بالاستعمال ( م ٢٢ مرشد الجبران ) وهذا هو ما سماه الرومان شبه حق الانتفاع ولكن الشريعة اوردت حكمه بغير ان تورد اسمه <sup>(٢)</sup>

---

(١) جبرار من ٢٥٤ حاشية ٣

(٢) راجع في تفصيل هذا كله مذ كراتنا في القانون الروماني: ويلاحظ ان مؤتمر القانون المقارن السابق الاشارة اليه قد جعل تأثير القانون الروماني في الشريعة الاسلامية بين الموضوعات التي سيعالجها .



عالم اسلمى يرد الدعوى بمثلها :

ولست ارى بأساً ، قبل ترك هذه النقطة ، في ان اشير الى ان بعض المسلمين قد شاء ان يرد زعم المستشرقين بزعم من مثله فقرر ان ما سمي قانونا رومانياً في القرون الوسطى ليس الا قواعد من الشريعة الاسلامية خلع عليها المصلحون الاوريون اسم القانون الروماني بموجبها على رجال الكنيسة المسيحيين حتى لا يتذكروا للاصلاح كراهة لمصدره <sup>(١)</sup>

(١) انظر الى مقال « للاستاذ ابي الفضائل الجرقادفاني الايراني » منشور في نهاية كتيب (مقدمة القوانين - جمع وترجمة الاستاذ عبد الجليل سعد القاضي الآن بالحكم الاهلية المصرية) ص ٨٠ - ١٠١ وقد عقب حضرته في نفس المرجع على مقال العالم الايراني بما يفيد اقتناعه بوجهة نظره - ونظراً لنفاذ نسخ ذلك الاثر ، فاني ارى اقتباس جملة صالحة من المقال المذكور تبيناً لوجهة نظر صاحبه ، قال :

« ٠٠٠ ان الشرائع الرومانية هي عين الفقه الاسلامي وهو صنف من اصناف المعارف التي تعلمها طلبة العلم من الاغرنج عن علماء الاسلام فاما سائر المعارف من قبيل الفلسفة والرياضة والطب والفلك وامثالها فلم تكن هناك دواع تدعو الى نسبتها الى غير المسلمين لان علماء الاسلام بانفسهم كانوا يصرحون في مصنفاتهم انهم اخذوا تلك المعارف عن علماء اليونان وغيرهم واما الفقه فلم يكن كذلك وليس بخاف على اولى البصائر

## تاريخ القانون الإنجليزي

في هذا الفصل نحاول تقديم صورة سريعة لتاريخ القانون الإنجليزي . وكما إن تقصي الاصول البعيدة الاولى للنظم الرومانية كان امراً صعباً غير محقق النتائج ، فكذلك تقصي الاصول

ان رؤساء الامم الاوربية خصوصاً اكابر الاكليروس من الرهبان والقسوس كانوا يسيثون الظن بتلك الطلبة المتعلمة الراجعة الى اوربا في نفس العلوم المأخوذة من اليونان والرومان من قبيل الفلسفة والفلك والطبيعة وغيرها من الفنون الرائجة في تلك الايام فكانوا تارة يرمونهم بالهرطقة وتارة بالسحر ... فاذا كان هذه حالهم في العلوم الدنيوية البحتة التي كان مرجعها الى اليونان فما كانت الحال فيها هو مرجعها الى الاسلام وماخذها الديانة الاسلامية التي كانوا يعتبرونها الد اعداء المسيحية . فلما اخذت طبعة العلم الاوربيين من القرن العاشر الميلادي الى القرن الثاني عشر فالثالث عشر تتقاطر الى الممالك الاسلامية خصوصاً بلاد اندلوسيا لجاورتها بالممالك الاوربية واخذوا في تكميل جميع صنوف العلوم واتقان فروع الفنون ... فرأوا انه ليس لهم مخلص من تلك الصعوبات الا تسمية ذلك العلم بدل اسم الفقه الاسلامي باسم القوانين الرومانية . واما مدرك حكمنا هذا وصحته فيظهر من استقراء الشرائع التي كانت مدار حكم القضاة قبل عثورهم على الشرائع الرومانية كما يقولون والبحث عن زمان عثورهم على الشرائع والزمان الذي كانت تلك جارية

## الاولى للقانون الانجليزي .

المصدر الكلى : على ان هذا لم يمنع بعض الباحثين من ان يقرروا ان اول صورة معروفة تاريخياً لذلك القانون كانت بنغير شك صورة كلتية Celtique نسبة الى القبائل التي توطنت

---

فيه كما يزعمون . اما الشرائع المعمول بها قبل عثورهم على ما سموها الشرائع الرومانية فقد جاء في تاريخ الكنيسة ترجمة يعقوب مردوك الامريكاني عن الاصل اللاتيني الذي هو من تأليف العالم الشهير (موسيم الجرمني ) وقد ترجمت الترجمة الانكليزية الى العربية بمراقبة ( هنري جيب ) الاميركاني وطبعه ونشره في بيروت فجاء في الترجمة الاخيرة في الحوادث الواقعة في القرن التاسع في الممد الثالث من الفصل الرابع من القسم الثاني من الكتاب ما نصه : وكان في تصرفات المسيحيين المدنية والشخصية وخاصة فيما بين اللاتينيين عوائد كثيرة مأخوذة من الوثنية القديمة لان الشعوب البرابرة الذين تنصروا لم يسمحوا بان تسلب منهم عوائد سلفائهم وقوانينهم ولو كانت مغايرة للقوانين المسيحية بل يمثلهم جذبوا آخرين من الشعوب الذين امتزجوا معهم الى هذه المنكرات وعندنا شاهد قادح في الطريقة المعروفة جيداً في توضيح الحق والبر في العلل المدنية الاثيمة بواسطة الماء البارد و بالمصارعة ٠٠ وقال في الفصل الرابع من القسم الثاني من الكتاب الثالث في ذكر حوادث القرن الحادي عشر الميلاد ما خلاصته انه وقع بين الحبر الاعظم اللاتيني وبين الاسبانيين خلاف بالمباداة باطلس الروماني الذي كان يعمل به الحبر والطلس الغوثي

الجزيرة البريطانية منذ عهد سحيق قبل الفتح الروماني ولكنهم يزيدون الى هذا ان التقاليد القانونية العنانية لم يبق لها اثر في القانون الانجائزى .

### العهد الروماني : وقد كان الفتح الروماني في القرن الاول قبل

الذي كانت امة الاسبان يعملون به من اول تنصرهم الى القرن المذكور فاتفق الفريقان على قطع المنازعة بالسيف فاخترتا ندين يتصارطان في هجمة واحدة فغلب الند الغوثي فلم يسلم له الخبر الاعظم غريغور يوس . السابع وطلب اعادة المحاكمة بشرط ان يكون الامتحان بالنار لا بالسيف فطرح كتاب الطقس الروماني وكتاب الطقس الغوثي في النار فاحترق الكتاب الروماني بلهب النار وحفظ الطقس الغوثي (انتهى قول الكاتب الاوربي ) — فيعرف مما ذكرناه ان تلك الفرائع السخيفة الجائرة هي مدار الفصل في القصايا الدينية والمدنية الى القرن العاشر بل الى القرن الحادي عشر فلو كانت عند الخبر الاعظم والامة الرومانية شريعة غيرها لمالجأوا اليها.... فرأوا طلبية العلم الذين سافروا الى الممالك الاسلامية لتكميل معارفهم واصلاح نقائصهم ان اصلاح القضاء وتعليم القضاة من الزم لوزنهم وكان بين تلك الطلبة بعض كبار اهل الدلم من قبيل غريبرت الثاني الذي اجلس على كرسي ماري بطرس من ٩٩٦ الى سنة ١٠٢٤ من الميلاد فاتفق هو وجهاته من امثله المتنورين منع بعض ملوك اوربا الذين كانوا ينشطون البلاء فتحو الفقه الاسلامي وخوروه الى ما يلائم احوال المسيحيين ويوافق بلاد اوربا ودونوه وصحوه (القانون الروماني) لتسلا يأنف الأوربيون

الميلاد وقيل في شأنه أيضاً ان القوم الجرمانين الذين فتحوا البلاد بعد العهد الروماني وعرفوا باسم الانجلوسكسونيين قد قضوا على كل اثر له وادالوا من الديانة واللغة والقوانين الرومانية لدينهم هم ولقنهم وتقاليدهم وقد كان عهدهم بالبلاد نحو ستة

---

من قبله .. قال المؤرخ المذكور في العدد ٢ من الفصل الاول من القسم الثاني من حوادث القرن الثاني مانصبه (كان مدرستان كليتان للجمهور احدهما في رومية اسمها ادر ياتوس فيها تدرس كل العلوم ولا سيما الفقه والثانية في بيروت في فينيقية فيها كانت تهتم بالاكثر الفقهاء ... فيستفاد مما قاله ذلك المؤرخ ان القانون الروماني كان معمولاً به ويدرس في كليات اوربا ويدون الى آخر القرن السادس ثم لا نرى له خبراً الى اول القرن الحادي عشر فقل المؤرخ المذكور في خبر مشهورهم على القانون الروماني في العدد ٥ من الفصل الاول من القسم الثاني من الكتاب الثالث من حوادث القرن الثاني عشر الميلادي ما هذا نصه : فتجدد في ايطاليا شهرة سلطان الشريعة الرومانية المدنية واكتشف الملك لوتاريوس في افتتاح املفي سنة ١١٣٧ نسخة مجموع الشريعة الشهيرة فأتى بها الملك الى مدينة بيزا الخ ونحن نرى بفاية الوضوح ان الزمان الفاصل من القرن السادس الذي اهلته فيه تلك الشرائع الى ان وجدها ليس اكثر من خمسة قرون وفي هذه المدة لا تلمس الشرائع التي

قرون من ٤٤٩ الى ١٠٦٦ ب . م حين خلفهم عليها قوم الشمال  
او النورمانديون .

ولان العهد العباسي قد زالت او جهلت آثاره فلا كلام فيه .  
المهر الانجلوسكسوفى : اما العهد الانجلوسكسوفى فقد ادخل  
النظم الجرمانية كما يتنا ومنها ترتيب السكان في درجات اربع  
كان معمولاً بها في الممالك الواسعة الرومانية ٠٠٠٠ وقد صادف اني في ايام  
مسافرتي عثرت على مجموعة من الرسائل والشوارد المفيدة للعالم الباحث  
مفضل بن رضى الاسفركاني فطالعتها فرأيت فيها عبارة في رسالة في شرائط  
كمال الفقه لفتوى هذا نصها كتب ابو العباس السكري من تلامذة بهمنيار  
وهو تلميذ الشيخ الرئيس ابن سينا في رسالة الى معفى مرو ( احمد بن  
عبدالله السرخسي ) في معنى كمال الفقه ان ابا الوليد محمد بن عبدالله بن  
خير نقل في تعليقاته على النهاية انت طلبة العلم من الافرنج الذين كانوا  
يسافرون الى غرناطة لطالب العلم اهتموا كثيراً في نقل فقه الاسلام الى  
لغتهم لعلهم يستعملونه في بلادهم فقد برعوا في اللغة العربية منهم غررت  
والبرت ٠٠٠٠ انه لا يقل نسيان الشرائع الرومانية المدونة المكتوبة  
المعمول بها على ان الفرس الاولى اعي الامة الزردشتية لم ينسوا شرائعهم حتى  
خصوه بيات احكامها في مدة مديدة ٠٠٠٠ وما يدهش الانسان الناقد  
انهم قالوا ان الامام ابا حنيفة كان يعرف اللغة اللاتينية فاخذ علم الفقه من  
الرومانيين ونشره بين المسلمين وما دروا ان تاريخ حياة ابي حنيفة معروف

بعضها فوق بعض : احرار ممتازون هم حاشية الملك او الاشراف  
واحرار عاديون وانصاف احرار وارقاء وهذا التقسيم يستتبع  
فوارق عملية فبين الشريف مثلاً تعدل سنة اضعاف بين الرجل  
الحرفان زكى كل منهما احد الخصمين في دعوى فزكية الاول

---

عند المسلمين واضح كوضوح تاريخ بونابرت مثلاً بين الامة الافرنسية ، على  
انه هذا لوصح ليضربهم اكثر اذ يقرب الاجل المقرر بين نسيان الشرائع  
الرومانية وبين ما عثروا عليها ثانياً فان ابا حنيفة نشأ بين قومي الثائر  
والتابع المسيحي ووقع العثور على القوانين الرومانية كما صرحوا به في القرن  
الثاني عشر فبدل الاستبعاد بمنهي الامر الى استحالة نسيان قوانين مدنية  
معمول بها وهي تقرأ وتدرس في السكليات وترجم الى اللغات الاجنبية في  
مثل هذه المدة القصيرة »

انتهى ما اقتبسناه من كلام العالم الابراني وقد ارخه بتاريخ ١٧ فبراير  
سنة ١٩١١ ، وقد عقب الاستاذ عبدالجليل سعد على كلامه مؤكداً وقال  
في امر كشف مجاميع جستنيان :

« ولكن هذه المسألة — اي القول باختفاء مجاميع جستنيان ثم كشفها —  
لم تسلم من الانتقاد وبعض العلماء اعتبروها غير حقيقية منهم سافينية الذي  
قال بان القواعد الرومانية لم تختف وانما ظلت معمولاً بها بغير انقطاع  
ويعترض على هذا الرأي باستمرار اتباع القوانين القديمة القاسية الى القرن  
الثاني عشر ومن المستحيل ان يأذن بعض الاحبار العظام الذين اجتهدوا

ترجع تركية الآخر <sup>(١)</sup> والدية تتزايد من اسفل الى اعلى وفق طبقة القتيل .

اما الاسرة الانجليزية في ذلك المهد فلم تكن كالاسرة الرومانية القديمة بل كانت قائمة على صلة في الدم ولذلك شملت اقارب الابوين ولم يكن لرب الاسرة ذلك السلطان المطلق على افرادها

---

حق الاجتهاد في نشر الديانة المسيحية وتنقيح احكامها في العمل بهينه القوانين الوحشية مع وجود القانون الروماني البادل اما الحقيقة فهي ان هذه القوانين قد ترجمت من اللغة العربية في القرن الحادي عشر والثاني عشر من طريق الاندلس وبما قبله العلامة موسيم في تاريخ الكنيسة ان جبريت الفونسواي كان مديونا على بعض معرفته لاسيما الفاسفة والطب والتعاليات لكتيب عرب اسبانيا ومدارسهم لانه مضى الى اسبانيا في طلب العلم وكان تلميذ علماء العرب في قرطبة وسفلا »

ويظهر ان رأى العالم الايراني قد لقي قبولا لدى بعض نفوس اخرى : انظر مقالا في مجلة الرسالة بقلم « صالح بن علي الحامد الملوى » ص ٣ ع ٩٧ ص ٧٨١ وما بعدها وقد اشير فيه الى بحث « لاحد علماء الدوليين الحضارمة نشرته مجلة النهضة الحضرية » ونخلص كاتب مقال الرسالة ما تضمنه بحث هذه المجلة فاذا بحجج العالم الحضرى هي عين حجج العالم الايراني قريبا .

( ١ ) النظام القضائي في إنجلترا للإستاذ احمد (بك) صفوت ص ١٤



فكان الولد يتحرر من السلطة الابوية ببلوغه الرشد والاقارب  
تجمعهم مصالح مشتركة منها حق الاخذ بثأر قتلهم او قبض  
الدية من قاتله وواجبات مشتركة منها مسؤوليتهم عن جناية كل  
عضو في الاسرة وعن الدية الواجب دفعها<sup>(١)</sup>

التصرفات القانونية : وكان لا بد لانعقاد التصرف القانوني من  
ان يقع في حضرة بعض افراد الشعب الذين يتألف منهم المجلس  
الذي نيط بالقضاء والادارة كما سيذكر بعد . ثم ذهب بعض  
المؤرخين الى ان ذلك هو الاصل الاول لنظام المحلفين لان  
اولئك الشهود كانوا يؤدون اليمين عند معاينتهم وقوع التصرف<sup>(٢)</sup>  
القضاء والنزاع المحاكم : اما القضاء فلم يكن منفصلا عن  
الادارة بل كان يمارسها مع مجلس واحد ، فلكل مديرية مجلس  
ولكل مركز مجلس وهما مجلسان شعبيان ومن فوقها مجلس  
العرش للمديرية بعينها ولا لمركز خاص وانما للبلاد جميعا واعضاؤه  
كبار الموظفين .

طرق الوثبات : او صحاحه : وكانت طرق الاثبات المتبعة فطرية

---

(١) قارن نظام دعاوي العشائر في امراق .

(٢) Deans — ص ٣ .

خرافية في القضايا الجنائية اخذوا بالامتحان : يكاف المتهم بان يقبض على حديد حمي في النار او ينمس ذراعه في ماء يغلي ، ويطعم لقمة الزقوم او يلقي في النهر مكتوفاً فان احترقت يده او سلق ذراعه او رسب في اليم او غص بلقمة الزقوم كان هذا دليل اداته والا فهو بري لان العدالة الالهية تؤيد المظلوم بقوة خفية تمنع عنه فعل العناصر الطبيعية<sup>(١)</sup>

التركبة : وفي القضايا المدنية اخذوا بطريقة غير مألوفة في القضاء الحديث تسمى التركبة فيطلب من المدعي عليه تركبة يمينه بضعف عدد مزكي المدعي فان اتى بهم واقسموا جميعاً على صيغة يمينه لا على علمهم بالدعوى ووقائهم ولم يختلفوا في صيغة اليمين ولم ينكل احدهم رفضت دعوى المدعي والا حكم له وكان عدد المزكين يتراوح بين ثلاثة واثني وسبعين والغالب ان يكون اثني عشر شخصاً وكانت المحكمة تشترط ان يكونوا اشخاصاً معينين بذواتهم او تترك لمن عليه عبء الاثبات حرية اختيارهم ، ولا يشترط في المزكين العلم بالدعوى بل هم يحلفون على اعتقادهم

---

( ١ ) وما زالت بعض قبائل البادية ، كعرب شبه جزيرة سيناء في مصر ، تمارس مثل هذه الطريقة وتسمى البشعة

صدق من يزكون يمينه . . . . ومن اصول التزكية الا يناقض  
المزكي في يمينه ولا يسأل عن مصدر علمه وان يحكم وفقاً للتزكية  
ولو كذب المزكون فإن حنث المزكي او المزكى في يمينه يعاقب جنائياً  
كشاهد زور ، لكن لا يلغى الحكم بل يلزم الحاث بالتعويض  
المدني . ويظهر ان العقاب لم يردع المزيّن فقد نشأت طبقة منهم  
حول المحاكم يرتفون من التزكية . وتجري التزكية عادة في دعاوي  
الدين والمعقود ولا تقبل في الدعاوي التي تمس مصالح الملك ولا  
في الدعاوي الجنائية ولا في دعاوي الاراضي وفي ذلك تناقض فان  
كانت التزكية طريقة بها يحص الحق من الباطل فلم تجوز في  
بعض الدعاوي دون البعض الآخر . ويظهر ان التزكية نشأت  
اولاً في الدعاوي التي لا يمكن التحقق من صحتها الا بالتحقق من  
عدالة الاخصام وطهارة ذمتهم بتزكيتهم مثل دعوى دين  
او امانة لم يطلع عليها احد غير الاخصام ثم مدت الى سائر  
دعاوي المعقود<sup>(١)</sup>

اليمين : واخذوا ايضاً في نوعي القضايا بالبينّة اي شهادة الشهود  
ومنها شهود رؤية لا مجرد مزكين ، ولكنهم ايضاً ما كانوا

---

( ١ ) النظام القضائي انجلترا لصنوت في ص ١٣ و ١٤

ليناقشوا في اقوالهم « ولا سلطة للمحكمة على تقدير شهاداتهم ووزنها بل عليها ان تحكم بها فمناقشة الشهود ووزن شهاداتهم وطرح ماهاثر منها امر حديث »<sup>(١)</sup>

ولم يتميز القضاة الكنسي بل كانت رجال الدين يجلسون في محاكم المراكز حيث تنظر الدعاوى الكنسية مع سائر الدعاوى .

## العهد النورماندي

فتح النورمانديون انجلترا في النصف الثاني من القرن الحادي عشر ( ١٠٦٦ ) فأثروا في نظم البلاد تأثيراً كبيراً كما سئرى :  
النظام الاقطاعي والميراث : فترعرع في ظلهم النظام الاقطاعي<sup>(٢)</sup>

---

( ١ ) ص ١٤ - المرجع السابق ص ١٤

( ٢ ) من الكتاب الانجليز من يقرر ان النظام الاقطاعي وجد في البلاد قبل العهد النورماندي مثل بلاكستون وقد اشار Deans في كتابه : The Student's Legal History ، الطبعة ٤ ص ١٣ الى هذا فقال :

« Opinions differ as to whether tenures were known to the Saxons . Coke, Selden and others think that they were . The opinions of Hale, Spelman are on the other side . Blackstone adopts a middle opinion and says that there were no real tenurs , but only holdings very like

الذي يقوم على علاقة الولاية من جانب التابع والحماية من جانب المتبوع واستتبع هذا وجود محاكم اقطاعية هي محاكم اللوردات تفصل في القضايا بين من يتبعون نفس اللورد ، ولان هذا النظام لا يتواءم مع تشريك جميع الاولاد في الميراث ، فقد اصبحت الارث حقاً للولد الأكبر دون غيره من الاولاد وهذه الطريقة

تسمى ميراث البكر <sup>(١)</sup> Primo geniture

طريقة المصارعة :

واستحدث النورمان طريقة المصارعة للاثبات « فمن فاز على

---

tenures before the conquest . »

ثم رجح هذا الرأي الوسط ، رأي بلاكستون ، وقال ان الارض كانت محملة بواجبات ثلاثة Trienda Necessitas هي الخدمة العسكرية ، وبناء الحصون للدفاع عن البلاد ، وبناء الجسور ، وان تلك الواجبات قد التبتت في نظر من قالوا بوجود الاقطاع عند الانجلوسكسون « بالخدمات » Services الواجبة للورد والتي هي مفتاح النظام الاقطاعي .

— ويلاحظ ان نفس المؤلف ( دينز ) قد ذكر في نفس كتابه ( ص ٤ )

عند كلامه عن النظام القضائي في العهد الانجلوسكسوني :

« ... there were other courts held by thanes within their own land. Within such land the administration of justice was absolutely in the hands of the lord . »

(١) الاستاذ علي بدوي - مذكرات ص ٩٨ و ١٠٢ و ١١٠

خصمه بحكم له ؛ ويثبت بهذه الكيفية كل نقطة فرعية متنازع عليها ؛ حتى شهود الطرفين اذا تهاوتوا تعارعوا «<sup>(١)</sup> . ولم يؤد ادخال المصارعة الى الفاء طرق الاثبات القديمة مباشرة «<sup>(٢)</sup> فان الامتحان ظل معمولاً به حتى سنة ١٢١٥ حين انقضى عملاً لا قانوناً بقرار من مجمع اللائح وهو مجمع كنسي عقد في انجلترا وقرر استنكار هذه الطريقة ومنع القسس من حضورها فبطلت عملاً وكذلك التزكية لم تلغ قانوناً الا سنة ١٨٣٣ ولكن هذا الاجراء للتشريع سبقه صدور قرار من مجمع كلارندون سنة ١١٢٦ باستنكارها كوسيلة اثبات الا انه وقف عند الاستنكار فلم يصدر تشريع بالفائها حينذاك

تميز القضاء الكنسي ونوسمه ثم تغييره فالفائز :

وقضى ولهم الفائح بفصل القضاء الكنسي عن القضاء الزماني فشككت محاكم خاصة بالكنيسة تطبق قانوناً كنسياً يستمد

(١) صفوت المرجع السابق ص ١٦

(٢) وهذا غير ما قد يتوهم من قول الاستاذ بدوي في مذكراته ص ١٠١ « اصبحت اجراءات التحقيق والمحاكمة تتم بتجربة المبارزة بدلاً من التجارب الثلاثة السابق ذكرها في العهد الأنجلوسكوني » .

قواعده من القانون الروماني ومن اوامر البابا الرئيس الاعلى للدين المسيحي ، وجعل اختصاصها شاملا قضايا رجال الدين الجنائية والمدنية وما يتعلق بطهارة الروح Cure of the Soul من مثل الحاد او خطيئة دينية وقد زعت المحاكم الكنسية فيما بعد الى توسيع اختصاصها فشملت طهارة الروح الزواج والطلاق والهبة والوصية والحث بالايمان والقذف في الاعراض والتزوير والخذاع ، هذا الى ابتداعها نظرية الصالح العام الكنسي<sup>(١)</sup> التي تجعلها مختصة بالفصل في كل نزاع مدني او جنائي يمس مصلحة من مصالح الكنيسة او رجلا من رجالها او ارضا من اراضيها . هذا الى ما تمتع به رجالها من امتياز ديني يعفيهم من قضاء المحاكم الملكية في جرائمهم ولو مست امان الملك ، ثم ما تمتعت به دار الكنيسة من حصانة فمن لاذ بها من المتهمين فقد اعتصم بارض حرام لا نحل ملاحقته فيها<sup>(٢)</sup>

(١) قارن نظرية او بدعة الصالح المختلط Interet Mixte التي عمدت

اليها المحاكم المختلطة في مصر لتوسيع اختصاصها

(٢) ويسمى الامتياز الاول Renefit of Clergy - والثاني

Privilege of Sanctuary - ويقارن هذا الاخير بالحصانة التي تتمتع بها دور تمثيل الدول الاجنبية على اساس افتراض قانوني يؤدي الى اعتبارها جزء من ارض الدولة الاجنبية ( جروسويس )

وكان طبيعياً ان تعجهم السلطات الاخرى لهذا التوسع والامتياز  
فاخذت تقص من اطراف النفوذ الكنسى خارج النطاق الديني  
البحث فالنمي اختصاص المحاكم الكنسية بنظر قضايا الاراضى  
في دستور كلارندون وضيق نطاق الامتيازين السابقين ثم النفا  
تماماً في القرنين السادس عشر والسابع عشر، ونزع عن محاكم  
الكنيسة اكثر اختصاصها المدني حتى اذا كان النصف الثاني من  
القرن الماضي فقد صارت مجردة منه كل تجريد وقد ردت الى  
حظيرتها الدينية فلا تمدوها .

#### نظام المحلفين : استثناء فتعظيم :

ومن تجديرات العهد النورماندي في ميدان القضاء ادخاله  
نظام المحلفين<sup>(١)</sup> فقد اخذوا بطريق التحقيق كوسيلة اثبات  
قضائي اي استعلاف ان يقرروا الحقيقة فيما يسألون عنه ويظهر  
انها كانت متبعة لدى ملوك الفرنجة حيث يمس النزاع مصالح  
الملك وذلك لعدم جواز اللجوء الى الطرق الابتدائية كطريقة  
الامتحان او التزكية ولا طريقة المصارعة . وقد اقتبس امراء  
نورمانديا هذه الطريقة عن ملوك الفرنج واتبعوها في امارتهم

(١) راجع مع ذلك ما سبق ذكره من عزوه الى العهد الانجلوسكسوني



فلما فتحوا انجلترا نقلوها معهم وكانت اول الامر امتيازاً لشخص الملك ولمن يمنحه او يبيعه اليه : ثم جعل هنري الثاني المدعى عليه في دعوى متعلقة بملكية ارض ان يختار وسيلة المحافين بدلا من المصارعة التي كانت بطبيعتها تعرض الاقوياء على اقامة الدعوى ضد الضمءاء فان اختار ذلك كلف الخصمان او شريف الناحية التي تقع فيها ارض النزاع بائتقاء اربعة اشخاص يقومون باختيار اثني عشر شخصا آخرين من المجاورين لتلك الارض ثم يقضى الستة عشر وفق علمهم الشخصي<sup>(١)</sup> اي الخصمين احق بالارض ، ثم قرر مجمع كلارندون سنة ١١٦٦ ان من تزعم يده من ارض بغير حكم قضائي ترد اليه بدعوى اعادة وضع اليد اذا قرر المجاورون لها انها كانت تحت يده قبل ان ينزعها خصمه منه بصرف النظر عن المالك الحقيقي ، وقد سمي او ائلك المجاورون محافى وضع اليد Possessory Assize ثم اخذ النظام بمتد شيئا فشيئا في النطاق المدني حتى اصبح اللجوء اليه حقا لكل فرد

---

(١) لا يقبل اليوم من القاضى في مصر ان يقضى بعلمه وقد نقض حكم لمحكمة جنابات القاهرة لان القاضى ادخل في تقديره علمه الشخصي (عدم رؤيته المتهم في مكان عمله العادى يوم وقوع حادث القتل بعيداً عن ذلك المكان)

في كل نزاع بعد ان كان امتيازاً لمن يحظى به قاصراً على انواع معينة من النزاع .

وكما اصدر مجمع كلارندون القرار السابق بالنسبة للدعاوي وضع السيد ، اصدر قراراً آخر يقضى بان ينتخب في كل مديرية اثنا عشر رجلاً من كل مركز واربعة من كل قرية يلحفون أن يوجبوا بالصدق على استفسار الحكام المتناقذين بشأن من يشتهر عنه انه ارتكب جريمة قتل او نهب او سرقة او آوى مجرمًا فمن تهمه تلك الهيئة يعرض على الامتحان لان المصارعة والنزكية لا تقبلان في الدعاوي العامة ومن سلم منهم بعناية الله فلتقطع ارجلهم ولينفوا من الارض لانهم اشرار اشتهروا بسوء السلوك<sup>(١)</sup>

الحكام في العهد النورمانى

ولكن كيف كانت الاختصاص القضائي موزعا في العهد

---

(١) الكلام في نظام المخلصين ملخص عن كتاب الاستاذ صفوت المشان اليه آتفا حيث طالع ذلك النظام من ص ٤٣ - ٥٥ وقد احتفظنا بكثير من الفاظه - ويحسن الطالب موازنة هذا القرار الذي يقضى بتوقيع عقوبة على من لم تثبت ادانة بما تقدم ( باب العدالة في الشريعة الاسلامية ) بشأن فكرة التعزير بغير معصية والتعهد بحفظ السلام في القانون العراقي

النورماندي ؟ لقد المنا بحالته قبل فتحهم واشترنا الى ما نشأ في  
ايامهم من قضاء كنسي وقضاء اقطاعي ورأينا كيف عادوا فبرموا  
بقضاء الكنيسة واقتصوه من اطرافه ، فلنقل هنا ان ملوكهم  
قد ضاقوا بالقضاء الاقطاعي كما ضاقوا بالقضاء الكنسي وقد  
توسلوا الى الاقلال من سلطانه بوسائل منها ارسال قضاة متنقلين  
يمشون بحاس العرش الى نواحي البلاد للفصل في الخلافات  
مستمعين بالحلفين وقد جعلوا لهم الفصل في قضايا الاراضي ولو  
كانت اساساً تقع في اختصاص محاكم اللوردات ، وكذلك عمدوا الى  
اختصاصها الحثا في قضيتهم بوسائل منها التوسع في مدلول عبارة  
امان الملك حتى صارت تشمل الجرائم الفردية كبرها وصغيرها  
كالزور وشهادة الزور فليس لمحاكم اللوردات ان تعرض لها ولو  
وقعت داخل الحدود الاقطاعية.

ولكن لحساب من كان ذلك التوسع او الطغيان على  
اختصاص القضاء الكنسي والقطاعي ؟ لقد رأينا من قبل  
ان الهيئات القضائية قبل الفتح النورماندي كانت مجالس  
المديريات ومجالس المراكز ومن فوقها مجالس العرش ، فاما  
الطائفة الاولى والثانية فقد كانتا معتبرتين محاكم شعبية حتى ان

الموظف الذي كان يرأسها ما كان يشترك في إصدار القرار ،  
وكان لها اختصاص عام مشترك في جميع الدعاوي المدنية  
والجنائية <sup>(١)</sup> . أما مجلس العرش فكان أعلى محكمة في البلاد يجلس  
فيه الملك مع كبار الموظفين للنظر في الخلافات التي تنشأ بين  
كبار التابعين وللنظر في أمور الحكومة ومراقبة الأمن وإدارة  
القضاء وكان ذا اختصاص ابتدائي بنظر الدعاوي الجنائية المخلة بالأمن  
العام أي أمان الملك وكل تعد على رجال الدولة والدعاوي التي للملك  
أو بيت المال مصلحة فيها ، واختصاص استثنائي يراقب به  
أحكام المحاكم الدنيا ، بل كان له أن يتصدى ابتداء للفصل فيما  
يدخل في اختصاصها .

#### القضاء الملكي وفروعه :

هذا الاختصاص الواسع المتنوع المركز في هيئة واحدة أخذ  
يتحلل ففشتأت من صميم مجلس العرش وعلى حواشيه هيئات  
قضائية تسمى « المحاكم الملكية » في مقابلة غيرها من المحاكم  
شعبية وكنسية وإقطاعية . هذه المحاكم الملكية هي :

---

(١) النظام القضائي في إنجلترا - ص ٩

### المحكمة المدنية :

وقد اختصت بنظر القضايا المدنية وقضايا الاراضي بين الافراد مما كان داخل في اختصاص مجلس العرش .

**محكمة بيت المال :** نشأتها الادارية ونزعها الانصافية :

تنسب الى الديوان الذي استحدثته النورمانديون على غرار ديوان بيت المال في نورمانديا ، ولما كان لمجلس العرش مراقبة امور الدولة ومنها ما يتعلق باموالها ، فقد اختص بعض اعضائه بمراقبة حساباتها وضبط وارداتها واستدعى تحقيق ذلك اجراءات منها استدعاء ملتزمي الضرائب لتقديم حساباتهم اليها ودفع ما عليهم للدولة وكان طبيعيا ان تعرض على اولئك الاعضاء الخلافات التي تثور حول الاموال العامة فاليهم يرفع الممولون ظلامتهم من ملتزمي الضرائب واليههم ترفع ظلامة الملتزم من الممول فجعمعوا في اشخاصهم الى الوظيفة الادارية ووظيفة قضائية ثم ادت طبيعة الاشياء الى الفصل بين الوظيفتين فنشأت من ديوان بيت المال واستقلت عنه محكمة بيت المال سنة ١٣١٢ ولكنهما لم تنس نشأتها الادارية الاولى فلم تنقيد في حسم المنازعات المتعلقة بالاموال الاميرية بالاجراءات وصور الدعاوي

حسب الشرع المتبع في المحكمة المدنية او مجلس العرش بل كانت تقبل على سبيل الانصاف وتحريرا للحقيقة ما لا يقبله القانون الجامد فتقتسر الخصم على ان يقدم ماله من المستندات لمصلحة خصمه « مثلا اذا ادعى الملتزم على محمول عدم وفاء الاموال الاميرية ودفع المدعى عليه بالوفاء، وطالب اثبات ذلك بالاطلاع على اوراق حساب الملتزم يحاب الى طلبه ... ومثل اعلان الشهود ولم يكن اعلانهم رسميا جائزا في المحكمة المدنية بل على الخصم احضار شهوده بنفسه اما في بيت المال فيعلنون رسميا ومن يتخلف منهم عن الحضور يغرم ، ومثل اجازة الدعوى البوليصية فتحكم المحكمة فيها على مدين كل مدين بالاموال اميرية ومدني مدنيهما بمدت الدرجة بالوفاء لاجل تحصيل الاموال الاميرية فتتميز اجراءاتها بنزعة ادارية الغرض منها الوصول الى الحقيقة في الدعوى من غير تقييد بالاجراءات الشرعية . » <sup>(١)</sup> وقد استحسن المتقاضون امنها ذلك فتحويلوا وتحيلت معهم لتوسعة اختصاصها

---

(١) صفوت - المرجع السابق ويلاحظ انه ذكر الدعوى البوليصية! ولعل الاصول ان يقول الدعوى غير المباشرة وهي غير البوليصية التي يطلب الدائن فيها عدم سريان تصرف المدين بالقياس اليه .

حتى يشمل ما لا يتصل بوظيفتها اصلا<sup>(١)</sup>

المحكمة الملكية King's Bench

والصفة تخصص هنا فتخلف على نوع واحد يدخل في عموم المحاكم المسكية بالمعنى الواسع . وقد كانت المحكمة الملكية بقايا اوبقية مجلس العرش - في نطاقه القضائي - بعد تفرع المحكمة المدنية ومحكمة بيت المال منه ، وبما ان المحكمة المدنية قد سبقت فاختصت بالقضايا المدنية ، لم يبق للمحكمة الملكية الا الاختصاص الجنائي ولكنها مع ذلك سلكت سبيل الحيلة لمد اختصاصها الى القضاء المدني كما يدناه عند الكلام في الحيل الشرعية .

محكمة بيت المال العليا :

وقد بقي اختصاص مجلس العرش الاستثنائي للمحكمة الملكية ولكن محكمة بيت المال تمسكت بطبيعتها الفريدة وطالبت با إنشاء هيئة خاصة تستأنف اليها احكامها فانشئت محكمة استئناف بيت المال التي صارت محكمة بيت المال العليا . اما احكام المحكمة

---

(١) راجع ما تقدم في باب الحيل والكلام عن دعوي ( بقدر ذلك ) - وقارن هذه النزعة بنزعة محكمة المستشار .

الملكية ابتدائية واستثنائية فكانت تستأنف الى مجلس اللوردات ثم صارت تستأنف اولا الى محكمة بيت المال العليا فاذا ما فصلت في الاستئناف استؤنفت احكامها هي الى مجلس اللوردات

القوانين المطبقة:

رأينا من قبل مصادر القانون الكنسي ، واما المحاكم الشعبية ومحاكم الاقطاعات فكانت تطبق تقاليد البلاد القديمة ، في حين ان المحاكم الملكية كانت متعددة المصادر فمنها التقاليد المعزوة الى ملوك العهد الانجوسكسوني وقد حمل بعضها عليهم كذبا لان وليم الفاتح قد شاء ان لا يشعر الشعب بانه غريب عنه وحرص على اقتناعه بانه الحفيظ على تقاليده <sup>(١)</sup> .

وقد وجدت بعض مبادئ القانون الروماني سبيلها الى القانون الانجليزي عن طريق القانون الكنسي وعن طريق دراسته التي انتشرت في القرن الثاني عشر كما ذكرنا من قبل .

ثم يضاف الى هذين المصدرين الدساتير الملكية اي التشريعات التي احطنا بامثلة منها ، واحكام المحاكم الملكية ومبادئها

---

(١) قارن هذا بما حدث من خلق احاديث نبوية مكذوبة ؛ وما عزي الى مجموعات جستنيان من تحريف واسناد باطل مثل قولها ان دقلديانوس هو محدث فكرة الفتن



### حكمه العدل والانعاف :

وقد كانت هذه القواعد القانونية في مجلتها اضيق صدرأ من ان تنسج لبعض صنوف المعاملات المستحدثة مثل نظام « Trust » المقارب لنظام الوقف او الاشتراط لمصلحة الغير ، وادى تطبيقها على وجهها الى مفارقات واجفاف . وكانت اعمال الحكومة التنفيذية في ذلك العصر تقسم بين ديوان بيت المال وقد رأينا اختصاصه وديوان المستشار ومهمته ان يقوم بسائر الاعمال التنفيذية والكتابية كسكرتارية عامة للملك وعلى رأسه المستشار : هو حامل الختم وقسيس الملك ووزير البلاط في آن واحد . ولما لم يكن التقاضي الى مجلس العرش وما تفرع عنه حقاً للأفراد وإنما منحة من الملك كان لا بد من صدور امر يسجل هذه المنحة ، ولان المستشار هو الذي يحرر الامر بخاتم الملك ، فقد استطاع بهذه الوسيلة ان يتصرف وابتدع اوامر جديدة Writs تواجه الحالات المستحدثة التي لا ينهض لها امر سابق وكثر ابتداعه حتى اوجس البرلمان خيفة فاصدر قانوناً منع به استحداث اوامر جديدة فلم يمد المستشار يصدر امراً Writ بل صار يستدعى الخصم ليمثل في حضرته ويحجب عن شكوى المدعى

والا قضي عليه بفرامة حتى يحضر فاذا حضر استجوبه باجراءات  
القسس لا باجراءات المحاكم ثم فصل في الدعوى . ومن جهة  
اخرى استبقى الملك الاختصاص الاستثنائي مدة طويلة قبل ان  
ينقل الى محكمة استئناف بيت المال ولجلس اللوردات . فكان  
يحيل عرائض التظلم الى المستشار ليقضى فيها قضاءه . ثم كان  
المستشار اختصاص من نوع ثالث ذلك ان من اراد مقاضاة الملك  
ما كان ليجد هيئة يرفع امره اليها فيعمد الى الملك نفسه يثته  
شكواه فيحيلها الى مستشاره لينظرها .

وقد رأينا عند معالجة العدالة كيف كان المستشار يفصل في  
الخصومات وكيف كان يستهدي . وحى ضميره حتى سميت محكمته  
او محكمة العدالة بمحكمة الضمير . <sup>(١)</sup> واي نوع من القواعد  
والاجراءات قد نشأ في ساحته في مواجهة محاكم القانون العام العادي .  
هل ابتكرت محاكم القانون العام قواعد غريبة ؟

ولكنما ذهب بعض الباحثين الانجليز ينقبون في قضاء المحاكم  
العادية ليستخرجوا منه امثلة تطوع لهم ان يقرروا وجود

---

(١) وفي هذا يقول الشاعر الانجليزي :

« Three give place in Court of Conscience  
Fraud, accident, and breach of confidence. »

« عدالة » سابقة على « عدالة » المستشار اي ان محاكم القانون العام نفسها قد خرجت عن احكام القانون العام فراراً من اجحاف او التماساً لانصاف . وقد عقد الاستاذ Hazeltine فصلاً في ذلك المعنى <sup>(١)</sup> ذكر فيه ان محاكم القانون العام سبقت محكمة العدالة ، بوجه الاجمال ، في صيانة حقوق أمن عقد الاشتراط لمصلحته على الاقل في حالة تسليم شخص نفوداً لا آخر لكي يستعملها في مصلحة ثالث فكان هذا مقدمة لقضاء محكمة العدالة الخاص بنظام ال Trust وانتقل الاستاذ الى امثلة اخرى فقال ان قضاء العدالة الخاص بشرط تملك الرهينة عند عدم الوفاء جاء مسبقاً بقضاء محاكم القانون العام التي كانت تمنح المدين اجلاً جديداً للوفاء فان انقضى من غير ان يفي كان للرهن تملك العين ، وكذلك سبقت محاكم القانون العام محاكم العدالة الى عدم اعتبار الشرط الجزائي واستشهد بقضية تملخص ظروفها في ان شخصاً تعهد بتسليم مستند الى آخر في موعد محدد والا دفع قدرًا معينًا من المال

---

« The Early History of English Equity » (١)

راجع مقالات في التاريخ القانوني تليت امام المؤتمر الدولي للدراسات التاريخية الذي عقد في لندن سنة ١٩١٣ - ص ٢٦١ وما بعدها

كشروط جزائي وقد اقيمت عليه الدعوى مطالبة بهذا القدر فاعتذر بان زوجته وراء البحر وان المستند معها وزاد على ذلك ان المدعى لم ينله ضرر من التأخير فاصاغت المحكمة الى منطقه رغم تمسك المدعى بالنص الصريح الذي لا يعلق الدفع على حصول ضرر ما ووجهت الكلام اليه قائلة .

« What equity would it be to award you the debt when the dowment is tendered and you can not show that you have been damaged by the detentin ? »

ولكنها لم تستطع مع ذلك ان تقضى صراحة برفض الدعوى فارجأت الحكم سبع سنين . ثم استعرض الكاتب حالتين اخريين لدعم قضيته هما حالة الامر بالتنفيذ العيني واصدار اوامر المنع .

مادة المحاكم في القرره النامه عشر ثم نوميدها :

الخلق الانجليزي كما يقول Bagehot بارع في ابتداع المستحدثات التي تواجه الضرورات الطارئة ومن هنا كانت هذه المحاكم الكثيرة التي لم يتبع في ترتيبها سياسة معينة سابقة وانما كان يقام كل منها لمواجهة طائفة بعينها من الظلامات فيبلغ عدد انواعها حوالى منتصف القرن التاسع عشر تسعة عشر نوعاً هي

المحكمة المدنية - محكمة بيت المال - المحكمة الملكية -  
محكمة بيت المال العليا - محكمة الطلاق الابتدائية - محكمة  
الطلاق الاستئنافية - محكمة الوصايا - المحكمة البحرية -  
المحكمة المتنقلة - محكمة الدعاوي المعلقة - محكمة العدل  
والانصاف الابتدائية - محكمة العدل والانصاف الاستئنافية -  
محكمة التفاليس الابتدائية - محكمة التفاليس الاستئنافية -  
مجلس اللوردات - محكمة الجنايات المركزية - محاكم الصلح  
الجزئية - محاكم الصلح الرباعية - محاكم المديرية ، هذا الى  
محاكم خاصة بالمواني والأسواق النخ

وقد كان طبيعياً ان ينتج هذا التعدد تعارضاً في الاختصاص  
فرؤي توحيدها وجعلها محكمة واحدة عليا لجميع البلاد تقسم الى  
دوائر تختص كل دائرة منها بصنف من الدعاوي وصدر بذلك  
قانون توحيد المحاكم في سنة ١٨٧٣ الذي عدل تعديلات اخرى  
وصار في البلاد كلها محكمة ابتدائية واحدة ومحكمة استئنافية  
واحدة فالاولى تتألف من المستشار وله الرئاسة ومن قاضي القضاة  
ونائب المحكمة وقاض آخر وتقسم الى ثلاث دوائر : الدائرة  
الملكية والدائرة الانصافية ودائرة الوصايا والطلاق والامور

البحرية وقد قصد بهذا التقسيم الداخلي تسهيل العمل وضمان شيء من التخصص الا انه غير مطلق فيجوز رفع اية دعوى في اية دائرة فان كانت غير مختصة كان لها نظر الدعوى او تحويلها الى الدائرة ذات الاختصاص ولم يعمد ثمة فرق مؤثر لان قانون ١٨٧٣ نفسه قد قضى كما ذكرنا من قبل بان تطبق جميع المحاكم على اختلاف انواعها القانون العام وقانون العدالة مما فان تمارضا غلبت الثاني على الاول .

وقد يظن ان في الاقتصاد على محكمة ابتدائية فذة لجميع البلاد ارهاقا للمتقاضين البعيدين عن مقامها ولكن هذا الظن يرتفع اذا علمنا انهم انشأوا لها اقلاما فرعية في المديرية تباشر فيها الاجراءات وتقدم المستندات ويتم تحضير الدعوى ثم تنظر في حالتها الاخيرة امام المحكمة الابتدائية في العاصمة ، او امام الحاكم المتنقلة المتفرعة او الموفدة منها .

ولان هذه المحكمة الابتدائية هي الوحيدة ، كان اختصاصها عاما شاملا لا يرد عليه قيد موضوعي ولا قيد مكاني . ثم كان لها فوق ذلك اختصاص استثنائي فاليها تستأنف احكام محاكم المديرية التي بقي لها اختصاص مدني محدود لا على سبيل الانفراد بل شركة

بينها وبين المحكمة الابتدائية بمعنى انه في حدود معينة ( تشمل الدعاوى المدنية الشخصية التي لا تزيد قيمتها عن مائة جنيه ) يثبت الاختصاص لكل من الهيئتين فان جاوزنا تلك الحدود فالاختصاص المحكمة الابتدائية فقط .<sup>(١)</sup> اما محكمة الاستئناف فتتظر ما يرفع اليها من استئنافات ضد احكام المحكمة الابتدائية التي صدرت عنها كدرجة اولى او كدرجة ثانية .

القضاء الجنائي :

اما القضاء الجنائي فموزع بين المحاكم الجزئية التي تنظر الجرائم البسيطة في النواحي بذير محلفين والمحاكم الرباعية التي تعقد في المديریات اربع مرات كل عام ويكون قضائها هم قضاة المحاكم الجزئية الا انهم ينظرون الدعوى بحضور المحلفين ، واختصاصها

---

(١) ويلاحظ ايضاً ان هناك محكمة تسمى محكمة محافظ لندن

Lord Mayor's Court of London

وهي اقدم من المحاكم الملكية اذ انها كانت تقوم بالنسبة لندون مقام المحاكم الشعبية بالنسبة لداخل البلاد - واختصاصها مقصور على قلب العاصمة فيشمل دائرة قطرها ميلان تقع فيها المصارف ومراكز ادارة الشركات الكبرى . فان كان موضع الدعوى كلها قد نشأ في هذه الدائرة اختصت بنظرها مهما تبلغ قيمتها - والمدعي بالخيار بينها وبين المحكمة الابتدائية

ام واوسع فكل الجنايات تعرض عليها الا ما استثنى مثل خيانة الوطن والتعريض على الثورة والقتل والحريق واتهاك قداسة الاديان فهذه وغيرها مما استثنى نصاً يقع في اختصاص المحاكم المتنقلة التي تشكلت من بعض قضاة المحكمة الابتدائية الذين يطوفون البلاد اربع مرات في العام وينظرون ما يقع في اختصاصهم بحضور المحلفين ايضاً . وكما ميزت العاصمة بمحكمة مدنية ، ميزت بمحكمة جنائية تسمى محكمة جنايات العاصمة تختص بنظر جميع الجنايات - التي يشملها اصلاً اختصاص المحاكم الرباعية والمتنقلة - اذا وقعت في لندن او ما يحيط بها .

واخيراً توجد محكمة استئناف الجنايات ترفع اليها الاحكام الصادرة بالادانة من كافة المحاكم الجنائية ما عدا الجزئية <sup>(١)</sup>

---

(١) نكتفي بهذا القدر لاعطاء فكرة عن هذا النظام القضائي الغريب الذي يتفرد به دون النظم اللاتينية بخصائص سبق الاشارة الى بعضها مثل عدم جواز استئناف حكم البراءة ، ولا باس من ان نشير هنا الى ظواهر اخرى في ذلك النظام منها ان الشارع وسم على القاضي الجزئي فجعل له سلطة الحكم بغرامة في جريمة عقوبتها الحبس دون الغرامة والنزول الى الحد الأدنى في العقوبات ولو كان دون الحد الأدنى المنصوص عنه كعقاب للجريمة ، وامم من ذلك ان القاضي يستطيع شطب



## تاريخ القانون العراقي

ليس في برنامجنا ، وليس في نيتنا ، وليس في استطاعتنا ان ندرس تاريخ القانون العراقي دراسة مستفيضة ولا كافية ولا مرضية . لاسيما ان تاريخ القانون العراقي هو - في قسم كبير من اقسامه ان لم يكن اكبرها - تاريخ الشريعة الاسلامية وهذا قد افردت له مادة خاصة في الصف الثالث فلنتقنع اذن بوضع خطوط رئيسية او علامات سير اورقوس موضوعات لدراسة تاريخ القانون العراقي .

نقصد بالقانون العراقي الشرائع التي حكمت هذه القطعة

---

الدعوى ولو كانت التهمة ثابتة اذا استخلص ان الظروف تدعو الى شطبها كأن يكون الموضوع نافياً او سن المتهم صغيراً ، وان له ارجاء النطق بالحكم رغم انتهاء المحاكمة وذلك نظام شبيه بنظام وقف التنفيذ ولكن علماء العقاب يرونه افضل من هذا الاخير بعض الاحياء وذلك لانه ينقذ المتهم من لومة الحكم فاذا قضى المدة المعينة بغير وزر جديد بدا امام الناس شريفاً اذ لم يصدر حكم بادانته مطلقاً بمكس حالة وقف التنفيذ التي ينطق فيها بالحكم ويمرف وانما يوقف تنفيذه .

من الدنيا التي تتكون منها دولة العراق . وفي هذه الجزيرة كانت شريعة همورابي ، وقد قيل انها جاءت مسبوقة بشريعة اخرى استقرت في نفس هذا المكان العريق . وقد كانت على العراق ان يشهد تطورات مختلفة والواناً متنوعة من السلاطين والنظم قبل ان تقوم دعوة الاسلام وتشمله رايته وتحكمه شريعته ويزدهر فيه فقهه . ثم كانت غارة المغول وما تلاها حتى دخل العراق الدائرة الامبراطورية العثمانية المرنه ثم كان الاحتلال الانجليزي فهدد الاستقلال او العراق الحديث .

ولا شك ان تاريخ القانون العراقي ، كتاريخ اي قانون آخر ، قد تأثر بتاريخه السياسي فلو شئنا تفصي تاريخه القانوني لكان علينا تفصي « نواحيق قوانين » كثيرة وانه لمن الاهداف التي يحمل بكلية الحقوق العراقية ان تتطلع اليها ان تجعل لمثل هذه الدراسة الواسعة مكاناً خاصاً لها في اقسامها المالية في المستقبل ان شاء الله . اما الآن فحسبنا القليل ، حسبنا ان نرجو وان نخطر على بال غيرنا ان يحاول سلوك هذا الطريق .

مشروع تقسيم

اذن نستطيع ان نضع التسميم الآتي لتاريخ القانون في العراق :

- ١ — ما قبل حمورابي
- ٢ — قانون حمورابي
- ٣ — ما بين حمورابي والفتح الاسلامي
- ٤ — من الفتح الاسلامي الى الفتح العثماني
- ٥ — من الفتح العثماني الى الاحتلال الانجليزي
- ٦ — عهد الاستقلال.

#### المعهد الاول

سكن العراقي في مطلع التاريخ قبل ان تقوم فيه الدولة البابلية شعبان هما السومريون والاكديون. « فسكن السومريون الفرات الاسفل وسكن الاكديون الفرات الاوسط وسموا البلاد باسميهما » <sup>(١)</sup>.

وقد كشف قانون حمورابي سنة ١٩٠٢ وبعد ذلك بثلاثة عشر عاماً عشر على اجزاء من قانون قديم آخر لا يعرف زمنه على وجه التحقيق ولكن بعض العلماء — ونرجو الا يكونوا متأثرين باعتبارات غير علمية — يرجحون ان يكون تاريخه واقعاً بين

---

(١) « التاريخ والحضارة في الازمة النابذة » للميد طه الهاشمي —

عامي ٢٤٦٥ و ٢٣٤٧ ق م وبهذا يكون سابقاً على تشريع  
حمورابي ويكون هذا المشرع العظيم قد اتخذ جزءاً من « المواد  
الخامسة » التي صنع منها تشريعه .<sup>(١)</sup> وقد نشر الاستاذ Scheil  
ترجمة لمواد هذا القانون التي سبقت الإشارة الى بعض

---

(١) انظر شلبريك ادواردز : ص ١٣٣ The World's Earliest  
Laws »

وفياً إلى بعض أقواله بشأن مصادر تشريع حمورابي :

« The earliest known contract-tablets are in the Sum-  
erian language and there are many records which are  
evidently judgments , or written decisions , given by  
judges . Thus a considerable body of case - law must  
have grown up , and the next step would be to codify it . »

ثم قال عن القانون المكشوف سنة ١٩١٥ :

« The date of these copies is somewhat uncertain but  
they are ascribed with much probability to the dynasty  
of Ur ( ٢٤٦٥ - ٢٣٤٧ B.C. ) , By their language and their  
character they must be considerably earlier than Ha-  
mmurabi, and we may be confident that they were part  
of the material he employed for drawing up his own  
Code . »

— تأمل قول المؤلف بشأن « تقنين » الاحكام القضائية السابقة على  
حمورابي .

منها <sup>(١)</sup> وقد ترجمتها الى العربية وستنشر الترجمة قريباً <sup>(٢)</sup>

وقد عثر على نصوص اخرى عرفت باسم « قوابل الاسرة السومرية » وقال الاستاذ ادواردز بشأنها : « ويظهر انها استعملت لتعليم اللغة السومرية ولكن المرجح انها اقتبست من قانون قديم » . <sup>(٣)</sup> وارى ، استكمالاً لهذه المجموعة القانونية القديمة ، ان انقل اليكم ترجمتها على علانها : <sup>(٤)</sup>

١ — اذا قال ابن لايه : « لست ابى » دمع وقيد ويبيع كعبد

٢ — اذا قال ابن لامه : « لست امي » دمع وجهه ونفى من

المدينة وطرد من المنزل

---

(١) انظر ص ١٠ من هذه المذكرات وحشيتها

(٢) ويلاحظ ان الاستاذ ش . ادواردز قد اوود في كتابه السابق الاشارة اليه ستة وعشرين مادة باعتبار انها ما عرف من القانون القديم السابق على هو راجي . وقد اتخذنا في ترجمتنا نصوص الاستاذ ( شيل )

(٣) المرجع السابق ص ١٤٧

(٤) الترجمة عن النصوص الانجليزية الواردة في المرجع السابق نفس الصفحة — انظر ايضاً للامام بالنظم القانونية قبل هو راجي كتاب التاريخ والحضارة للهاشمي من ص ٨٣ — ص ٨٧ فقد وردت بها احكام مفصلة ولكن لم يشر الى مساندها مكتفياً فيما يظهر بسرد مراجع الكتاب جملة واحدة

- ٣ - اذا قال اب لابنه : « لست ابني » ترك المنزل والمال
- ٤ - اذا قالت ام لابنها : « لست ابني » سقط حقها في  
المنزل والمال
- ٥ - اذا ابغضت زوجة بعلمها وقالت : « لست زوجي »  
القوا بها الى النهر
- ٦ - اذا قال زوج لزوجته : « لست زوجي » وزن لها نصف  
( مينا ) من الفضة
- ٧ - اذا استأجر رجل عبدا ثم مات او اصبغ عديم الفائدة  
او اضطر للهرب او المصيان (؟) او اصاب بمرض ، فان يده تزن  
نصف ( كا ) من القمح عن كل يوم (؟)

## المصدر الثاني قانون حمورابي

عرضنا فيما تقدم للصلة بين قانون حمورابي وما سبقه من  
تقنين او عرف او قضاء . ونريد الآن ان نعرض لهذا القانون  
فنشير الى تاريخ وضعه ثم الى المقدمة التي قدم له بها ثم نحيل الى

ترجمة نصوصه التي نشرناها في مجلة القضاء لتكون جزءاً مكملًا لهذه المذكرات، ثم نلم بالختام الذي ختمت به تلك النصوص واخيراً نلقي نظرة إلى بعض أحكامه ثم نتركها لنحيل إلى أخرى إلى ما سبق ذكره بشأن علاقة القانون المصري والقانون الروماني بذلك القانون العظيم قانون حمورابي.

### تاريخ التقنين

يرى شلبريك اداورد زان القانون قد وضع بين عامي ٢٠٨٤ و ٢٠٨١ قبل الميلاد معتمداً على أن حمورابي قد أشار في مقدمته وختامه أي أنه حاكم آشور ونيشوى وهو لم يفتحهما إلا في السنة التاسعة والثلاثين من حكمه وقد حكم ثلاثة وأربعين عاماً<sup>(١)</sup>

### المقدمة

قدم حمورابي لقانونه بمقدمة أشار فيها إلى القابله وإلى التفويض

---

(١) انظر مع هذا أنى كتاب خلاصة تاريخ العراق للاب أنستاس ماري الكرملي ص ٢٠ حيث يقول: وفي نحو ٢٠٠٠ سنة قبل الميلاد أقبل شيخ آموري اسمه (محوابو) وانفأ لنفسه مملكة في أرض شنعار ٠٠٠ وقام من هذا البيت بعد مائة سنة ملك اسمه حمورابي الخ ٠ ومن هذا نرى الخلاف في تحديد التاريخ وقد ذكرنا من قبل تاريخاً تقريبياً -

الالهى له والى رعاية مصلحة الشعب ، ثم جعل للقانون ختاماً اخذ  
يضرب فيه على نفس النعمة محذراً من يأتي بعده من تحوير قانونه  
او طمس اثره وفيما يلي بعض ما جاء في تقدمته :

«عندما عهد (انو) العظيم ملك (الاثوناكي) وعندما عهد (بل)  
سيد السماء والارض الذي يقدر للعالم مصيره، عندما عهدا بجماعات  
البشر الى (ميروداخ) الابن البكر لـ (ايا) والرب المقدس للقانون،  
جملاه عظيمين (الاجيجي) ورفعما اسمه السامي في بابل علياً في  
البلاد ، وشاداً له فيها مملكة مخلدة ستدوم أساسها دوام السماء  
والارض .

ثم قضت رحمة (انو) و (بل) بالناس ان يدعواتي ، انا الامير  
المعلم ، لاقيم العدل في الارض واحطم السفلة والاشرار واكف القوي  
عن اضطهاد الضعيف ، ثم لاشع نوري كاله الشمس فوق الرجال  
ذوي الرؤوس السوداء واسكب في الارض الضياء .

انا محوري من اختاره (بل) راعياً ، انا صاحب الثراء والخصب  
انا الملك البطل من رد (اريدو) الى دولتها الاولى وطهر  
دين (ابو)



انا رافع اسم بابل ، شارح صدر ربي (ميروداخ) الذي اتعبد  
له في (ساجيلا) كل يوم

انا قبر الاعتداء ، الذي يتم به النصر . صاحب الصولجان  
والتاج ، من خلقه (ماما) الحكيم انسانا بعيد النظر  
قاهر الاعداء ، مختار (بتليتيم) انا ، الامير الطاهر الذي  
يسمع (اداد) دعاه

الحكيم ، النشيط ، من قضى على قطاع الطرق ..  
راعى الرجال ، الخادم الذي يرضى (انونيت)  
مصدر العدالة ، حارس الشعب ؛ ساحق الاعداء ؛ معلى  
اسم (اشتار) في نينوى

الفرد الرقيق ؛ الذي يتواضع للآلهة العظام ، نسل (سومولا  
- ايلو) الملك القوي ؛ ابن بابل ؛ مشع النور فوق سومر وآكاد ،  
الملك الذي يطاع في اربعة اقطار الارض ؛ انا اثير اشتار .  
عندما اقامنى (ميروداخ) حاكما على الرجال ، لاقد هموا ووجههم  
اقتم القانون والمعدل في البلاد ؛ من اجل مصلحة الشعب . »

مقام القانون

وختم القانون بمبارات منها :

انا حوراني الملك الحامي لم انزع نفسي من الجنس ذي  
الرأس الاسود الذي عهد به الى (بل) الحامي واقامني (مروداخ) راعيا  
عليه . انا لم اضطجع على جانبي ولكنني هيات لهم منازل السلام .  
حللت من المسائل ما صعب وسكنت الضوء الى الخارج . بالسلاح  
البتار الذي اعارني (زاماما) و (اشتار) ، بالنظر الثاقب الذي  
وهبني اياه (ايا) بالشجاعة منحة (ميروداخ) لي ، اقتلعت جميع  
الاعداء من هنا وهناك وبلغت الاعماق . لقد ابهجت نفوس اهل  
البلاد وامنت المقيمين بها من خوف . انا الذي اختارته الالهة  
ليكون راعي الاتقاذ والطهر والنجاة

اغل مدبنتي بظلي الوارف وفي صدري اعز اهل (سومر)  
(واكاد) وفي رفادي يمش اخوتهم سالمين . لن يقهر القوي  
الضعيف لن يعدم اليتيم والارمل عزاء في بابل البلد الذي رفع

رأسه (انو) و (بل)

في (ساجيلا) هذا الهيكل الثابت الاساس ثبات السماء والارض ،  
لاعلن قانون البلاد ولاقيم اود الضعيف ؛ كتبت كلماتي النفيسة على  
مسلمي ووضعتها ازاء صورتي كملك العدل .

انا العاهل الذي يسمو فوق ملوك المدن . كلماتي قد احسن .

وزنها؛ وخطري ليس له من نظير ستهر عدالى الارض بامر شماش  
قاضي السماء والارض . وبفضل ( ميروداخ ) الهى لن يحطم تمثالى  
وسيدكر اسمى دائماً في معبد ساجيلا الذي احبه ، وامام صورتي  
كا له للعبد سيمثل المضطهد ليث ظلامته فيقرأ مسلي ويفقه  
نفيس كلبي فتوضح له هذه الكلمات قضيته ويجد حقه وينشرح  
صدره ويقول : « لقد كان حمورابي ابا صادقاً لشعبه ، حف  
بالرهبة ارادة ميروداخ ربه وحقق له النصر هنا وهناك . لقد  
شرح صدر ميروداخ آلمه وابهج قلوب شعبه الى الابد وأقام  
في الارض النظام . » فاداً فرغ من قراءته صلى امام ميروداخ الهى  
و ( زاربانيت ) سيدني بقلب سليم .

وفي مقبل الايام ، وفي كل زمان ، سيرعى حاكم البلاد كلمات  
العبد التى خططها فوق مسلي ، وليس له ان يغير قانون البلاد الذى  
سننت او نظمها التى وضعت ، وليس له كذلك ان يخرب آثارى .  
لئن كان هذا الرجل حكيماً ولئن اراد ان يحفظ النظام في بلاده  
فسيرعى الكلمات المكتوبة على مسلي ، ان هذه المسلة ستظهر له  
قوانين البلاد ونظمها التى سننتها فليحكم شعب الرؤوس السود  
وليعلم قوانينهم وليحكم قضايام وليجتث من البلاد الاشقياء

والاشرار وليشرح صدور شعبه

انا حمورابي ملك العدالة قد هداني شماش الصراط المستقيم، كلاني

قد احسن وزنها وخطري لا نظير له

فلئن حفظ ذلك الرجل كلاي الذي حفرت فوق مسلتى ولم

ينحرف عن شريعتي، ولم يغير آثاري، فسوف يديم (شماش)

آثاره كما تدوم آثاري انا ملك العدالة، ويقود بالانصاف شعبة .

فان لم يرع ذلك الرجل كلي الذي خططت على مسلتى وهذا بغضبي

ولم يخش لعنة الله فأبطل القانون الذي شرعت او غير في كلاي او

شوه نفوشي او محاسني ليكتب اسمه في موضعه، فليطفي\* (انو)

العظيم اب الالهة الذي توج حكي، فليطفي\* مجد عرشه ويمزق

صولجانه ويلعن نهايته . وليدبر (بل) الذي بيده مقادير البشر

والذي لا تبديل لكلماته، والذي عظم ملكي، فليدبر له فتنة يخرج

زامها من يده، ولينشق نسيم خرابه فوق عرشه وليكن حظه

اعواما من التاوه، وقصرأ في المهد وسنين من القحط وظلاما بلا

ضوء وموتا مفتح العيون .

وليسترد (ايا) الامير العظيم الذي تمثل قراراته مكانة الصدر

المفكر المقدس، الحكيم الذي اطلال ايام حياتي، ليسترد الفهم

والحكمة منه ويفرقه في النسيان ويقطع أنهره من مصادرها ،  
ويمنع حيوبه ، حياة الناس ، من النمو في البلاد  
وليقطع ( اداد ) اله الخصب وامير السموات والارض ومعني ،  
ليقطع عنه أمطار السماء ويبدد ارضه بن الحاجة والمجاعة  
ويرعد بفضبه على مدينته ويرسل الزوابع على املاكه فتجعلها  
خرابا ...

وليلعنه آلهة السماء والارض ، ليلعنه الاناثوكي في جميعهم ،  
ليلعنوه لعنة قاتلة ، وليلعنوا حيوبه وأرضه وجيشه وشعبه وخدمه  
ويا دبل « ! يا من لا تبديل لكلماته ، العنة لعنة جبارة سريعة  
( الاثر . )

#### نظرة في قانونه صموري

نريد الان ان نلقى نظرة الى هذا التشريع في نواحيه المختلفة  
من جنائية ومدنية  
الجرائم :

لم يذكر القتل الا في مادتين ( ٢٤ ) و ( ١٥٣ ) وذكرت  
جرائم اخرى منها قطع الطرق والسرقه ويلاحظ بالنسبة للجريمة  
الاخيرة ان العقاب يختلف باختلاف المسروق من حيث كونه

جماداً او متحركا في الحالة الاولى كان العقاب القتل لان الجماد لا يستطيع ان يتحرك فلا بد ان المتهم حمله بنفسه اما في الصورة الاخرى فلا مكان تحرك المسروق خففت العقوبة وجعلت التمويض الاجباري الذي تقل قيمته اذا كان مالك المال المسروق رجلا من رجال الشعب وهذه التفرقة الاخيرة غير مقبولة بمكس التفرقة الاولى - ومن الجرائم المذكورة شهادة الزور ومساعدة الجندي على الهرب والضرب وقد ميز قانون سموراني كما يميز القوانين الحديثة بين الضرب والضرب المفضي الى موت وعرف القانون جرائم الامتناع (م ١٠٩ عدم قبض بائنة الخمر على الثوار)

ويظهر ان البابليين اخذوا بنظام الدية (م ٢٤) ولكنهم لم ينكروا القصاص ايضا (م ٢١٠ و ٢٢٩ و ٢٣٠) وقد جاء في رسائل تل العمارنة صورة خطاب أرسله (بورنا بورياش) الى أمينوفيس الرابع انه لم يشار لدماء رسله الذين قتلوا في كنعان فسيقتل الرسل المصريين قصاصاً<sup>(١)</sup>

---

(١) اشار الاستاذ ادوارد زايضا الى ما جاء في الانبادة على لسان (ديدو)

من طلب للانتقام :

"And must I die ? she said "

And unrevenged ? 'Tis doubly , to be dead ;

### العقوبات

العقوبات المذكورة في مواد القانون هي القتل ( بالذبح او  
الاغراق والوضع على آلة تعذيب ) والقطع والغرامة . ثم الجلد  
الذي لم يذكر الا في مادة واحدة هي المادة ( ٢٠٢ )  
طرق الاثبات :

نرى ان طرق الاثبات هي الامتحان واليمين . وقد عرفنا  
الاول في دراستنا للقانون الانجليزي  
اما الثاني فكلن الوسيلة العادية للاثبات .  
الافراسمه :

كان الافراض يتسم عند البابليين ليشمل عقوداً لاتعتبر  
اليوم قرصاً : مثل اعطاء فضة على ان يرد المستلم حبوباً او  
العكس . وقد عرف البابليون « الفائدة » فلم يتشعب رأيهم  
حولها كما تشعبت آراء غيرهم « فهذا ارسطو مثلاً في كتاب  
السياسة يرى من غير الطبيعي ان تلد قطعة نقود معدنية قطعة  
اخرى ولذلك كان المبرر الذي زبر به الفوائد غير صحيح . وهذا  
سان باسيل يقول ان من يقبض الفائدة كمن يجني ثمرة بذرة غيره .  
والى القرن السادس عشر الميلادي لم يفتن الاقتصاديون الى حقيقة

الظاهرة تلك ان مهمة الفائدة هي التعويض عن الهلاك الكلي او الجزئي لراس المال او التأخر في رده ثم مكافأة المقرض لما قدمه من خدمة ... اما البابليون فان الفائدة عندئذ تسمى Sibtu ومعناها « النمو » او الزيادة ولائهم لم يعرفوا النقود المعدنية ولم يكن لديهم الملكية قليلة من الفضة غير المسكوكة ، كان الاقراض يرد اكثره على الجبوب والحبوب اذا بذرت انت باضعافها فعملوا ان يسترد المقرض اكثر مما اقرضهم . وسواء عندئذ استعملت النقود المعدنية او لم تستعمل لانهم رأوا ان هذه النقود تشتري بها جبوب فيسري عليها ما يسري على الجبوب . وربما بدا لنا سعر الفائدة عندئذ مرتفعاً ( ٣٠ ٪ من الجبوب و ٢٠ ٪ من الفضة ) ولكن خصوبة الارض قد مكنت المقرض من تحمله لان الحبة كانت تفتح خمسين <sup>(١)</sup> .

وكانت العمليات الزراعية اكثر ما يستدعي الاقتراض فاتخذ صوراً غير مألوقة لنا كالاتفاق على ان يعطي مقرض السمسم لمقرضه كمية من الزيت ؛ وكانت بعض القروض بنسبة فائدة بل كان بعضها فوق ذلك يعلق رد رأسماله على شرط ( اقراض



خدمة الهيكل للمرضى من مال الهيكل على ان يرد القرض اذا برئوا من المرض<sup>(١)</sup>.

### الربوب والتنفيز

كان التنفيذ على جسم المدين لا على ماله فقط ، وكان للمدين ان يقدم اولاده وزوجه (مالم تكن الزوجة قد اشترطت على الزوج اسقاط هذا الحق بالنسبة لها م - ١٥١) ليعملوا لدى الدائن لقاء دينه هو على الا تتجاوز مدة خدمتهم هذه ثلاثة اعوام (م ١١٧).

وبما يستحق التنويه ان المادة ٢٤١ منعت التنفيذ على الثيران المملوكة للمدين وقد لاحظ الاستاذ شلبريك ادواردز ان هذا المنع شبيه بمنع قوانين الاجراءات المدنية التنفيذ على الآلات اللازمة للصانع فان الثور كان وسيلة الزارع للحياة<sup>(٢)</sup>.

### الخدمة العسكرية والاقطاع

كان ملوك بابل يقطعون بعض الافراد اراضيهم الواسعة فتترتب على هؤلاء واجبات مدنية وعسكرية (م ٢٦ - ٤١) ولم

---

(١) المرجع السابق ص ٨٢ و ٨٣ (٢) المرجع السابق ص ٨٧

تكن علاقة التبعية هذه لتمتعهم من ان يفتنوا اراضي اخرى .  
يشترونها من موارد خاصة .

الميراث :

والذي يستدعي انتباهنا بصفة خاصة في نظام الاقطاع ان  
الاراضي المقطوعة كان ارثها حقاً المذكور من الاولاد دون الاناث  
ودون الزوجة وذلك لان المذكور من الذين يقاتلون في الجيش <sup>(١)</sup> .  
اما بالنسبة لسائر الاموال فقد حورت القاعدة تحويراً غير  
كبير فالزوجة لا ترث في الرقبة وانما ترث في المنفعة فتكون لها في  
قدر نصيب الولد الذكر <sup>(٢)</sup> . اما البنات فلا يأخذن شيئاً من

(١) قارن نظم الميراث في الجاهلية : « فقد كانوا لا يورثون النساء  
ولا الصغار من ابناء الميت وانما يورثون من يلاقي العدو ويقاتل في  
الحروب » الطبري ج ٤ ص ١٨٥ .

(٢) هذا مايقوله الاستاذ ادواردز - ونصه الانجليزي ( ١٧٢ م )  
« she shall receive a portion of the possessions of her  
husband's house equal to that of a son »

والاحظ ان المادة (١٧١ب) اشارت الى حق انتفاع الزوجة بما يكون  
زوجها قد كتبه لها ( انظر الحاشية القادمة ) ثم جاءت المادة ١٧٢ (١)  
وواجهت حالة عدم كتابة الزوج شيئاً للزوجة فقالت انها حينئذ تأخذ  
مثل نصيب الولد ولم تشر الى الانتفاع فنحن امام تفسيرين : اما ان  
نقيس هذه الحالة على سابقتها ( مفهوم الموافقة ) واما الا نقيسها ( مفهوم  
المخالفة ) .

التركة فتوزع الرقبة بالتساوي بين الاولاد الذكور ويكون  
للزوجة المنفعة المذكورة آنفاً . وليس حرمان البنات مبنياً على  
مبدأ ارتباط حق الارث بواجب القتال ، ولكنه مبني على ان  
البنت قد اخذت في حياة ابها بائنة فحسبها هذا ولذلك رأينا  
الزوجة تسام في التركة ، ورأينا البنت التي لم تنزوج تأخذ من  
التركة قيمة البائنة .

ولم يكن الزوج يرث زوجته<sup>(١)</sup> وانما يرثها اولادها فأبوها  
فأخوتها .

#### الوصية والهبة :

يظن الاستاذ ادواردز انه لم يكن للرجل حق في الوصية  
لا لاجنبى ولا لوارث بل ان تركته توزع على النحو الذي رأينا  
ولكنما كان له حق الهبة اثناء حياته (١٥٠ و ١٦٥ و ١٧١ و ١٧٩)<sup>(٢)</sup>  
وتقريره عدم وجود الحق في الوصية يتعارض تعارضاً صريحاً مع  
ترجمتنا للمادة (١٧١ ب) و (١٧٢) فقد جاء في الترجمة : تأخذ

---

(١) قد تنساءل : ماهي اموال الزوجة وقد رأينا انها لا ترث اباها  
ولا زوجها ؟ والجواب على هذا ان لها البائنة ولها ما يهبه زوجها اياها  
(م ١٥٠)

الزوجة بعد وفاة زوجها بآئنها وما كتب وصية لها الخ «

و « اذا لم يكن قد اوصى لها الخ «

ونرى اثبات الترجمة الانكليزية التي قام بها الاستاذ ادواردز) نفسه :

“ The spouse shall take her dowry, and the settlement which her husband made her and wrote in a tablet for her ” (١)

الزواج :

نجد في القانون مواد تشير الى المهر الذي يدفعه الرجل والبائنة

الى تدفعها المرأة فكيف يوفق بين الامرين ؟

يرى الاستاذ ادواردز ان الزواج كان زواجا بالشراء فالزوج

يدفع ثمن الزوجة ثم احدث فكرة الشراء هذه وأصبح المهر رمزاً

لها ودليلاً على ان الزوج قادر على عيال زوجته ، واصبح المهر هبة

من الزوج لزوجته عن طريق أبيها فلا يحتفظ به الاب الا اذا

كان فقيراً<sup>(٢)</sup>

---

(١) انظر في معنى Settlement ، بالنسبة لقانون الروماني ، - بكلات من ٣٦١ -  
[ Text ] ٣٦٤ .

(٢) وقد لاحظ هذا الاستاذ ان المؤرخ اليوناني هيرودوتس اخطأ

عند ما قال في وصفه لزواج البابليين ان جميع الفتيات الصالحات للزواج  
كن يعرضن في يوم معين من ايام السنة وما يحصل من اثمان المليحات  
يعطى للقبيلات كي يدفعنه بائنة . وقد اسف هيرودوتس لان هذا

التبني :

عرف البابليون التبني كما عرفه الرومان ولكن مبرره لم يكن رعاية عبادة الاسرة فالبابليون شعب سامي ، وانما قصد به غايات عملية كالاستعانة بالمتبنى <sup>(١)</sup> وكان يحدث ان يغير السيد صفة عبده فيتبناه فيصبح ولداً بعد ان كان عبداً <sup>(٢)</sup>

الحرف :

في القانون مواد كثيرة غرضها حمل ارباب الحرف على اتقان عملهم وان مسؤولية البناء في قانون حمورابي لتذكرنا بمسؤولية المهندس والمقاول المشددة المقررة في القانون المصري ( م )  
ملاحظات محمد :

في القانون احكام كثيرة عادلة او حكيمة او رحيمة نرى من الانصاف الاشارة اليها اشارة سرية :

فالمادة (٥) تردع المضاة عن الانحراف . والمادة (١٨) تقرر

النظام القديم قد زال : - وأشار الاستاذ ادواردز الى ان المادتين ١٦٣ و ١٦٤ تبينان ان هذا المهر كان يرد للزوج - كما ذكر ان عقود الزواج تثبت وقوعه في ايام مختلفة من العام لاني يوم واحد معين كما فهم هيرودوتس .

(١) شلبريك ادواردز ص ١٠٧ و ١٠٨

(٢) ١٠٨ ع ع ع ع

حق المكافأة على صاحب العبد الأمين لمن يرده اليه والمادتان (٥٣) و (٥٥) تموضان الجار عن الفعل الضار الذي يتخذ صورة الإهمال والمواد ٩٠ - ٩٧ تمدد علاقة المقرض بالمقرض وتورد احكاما تمد من جشم الاول

فالمادة (٩٠) تمدد سعر الفائدة والمادة (٩١) تقاوم الربا الفاحش يجزاء شديد هو ابراء المدين من دينه كله والمادة (٩٤) غامض ولعلها تنهى عن الربح المركب

والمادة ١٠٣ كل المادة ٤٨ تجعل القوة القاهرة مفيضة من لالتزام والمادة ١٢٩ شبيهة ببعض القوانين الحديثة من حيث تقريرها حق عفو الزوج عن زوجته الزانية .

والمادة ١٣٤ تراف بالزوجة التي اسر زوجها دون ان يترك في المنزل ما يقوم باودها فلا تؤاخذها اذا القت بنفسها الى رجل آخر والمادة (١٤٨) ترخص للزوج الذي مرضت زوجته ان يتزوج من غيرها ولكنها لا تسمع له بان يطلقها

---

## الدور الثالث الشريعة الاسلامية

اعيد هنا ما اشرت اليه من ان نظام هذه الكلية قد جعل دراسة تاريخ التشريع الاسلامي مادة مستقلة في الصف الرابع .  
ومع ذلك فقد المنا خلال دراستنا للعيل القانونية والتشريع وقواعد العدالة ومناطق نفوذ القانون الروماني بشي من تاريخ الشريعة الاسلامية<sup>(١)</sup>

## الردود الاخيرة

أما تاريخ القانون العراقي في العهد العثماني وماتلاه من مهدي الاحتلال والاستقلال فقد اشرت اليه مذكراتنا في مادة المدخل (اقسام القانون)

﴿ انتهى ﴾

---

(١) انظر هذه المذكرات من ص ١٨ - ص ٤٢  
ومن ص ٤٥ - ص ٥٧ ومن ص ٧٨ - ٧٩ - ومن ص ١٢٧ الى ص ١٤٥  
ومن شاء توسعا فليرجع الى المراجع التي اشرنا اليها في تلك الصفحات والى مراجع اخرى مثل علم اصول القانون لاسناذنا الصنهوري ص ١٤٢-١٥٨  
مقال لاسناذ الشيخ احمد بك ابراهيم بعنوان مصادر التشريع الاسلامي  
القانون والاقتصاد ومقالات بمجلة قضاء ص ٢ او ٣ ) لاسناذ السيد  
طه الراوي - وكتاب جديد لاسناذ حسن الخطيب المدرس بمدرسة دار  
العلوم بالقاهرة عنوانه التشريع الاسلامي



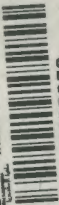








Bibliotheca Alexandrina



0402850